



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Elternunterhalt

Edited by: Höland, Armin ; Sethe, Rolf

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-49945>

Edited Scientific Work

Originally published at:

Elternunterhalt. Edited by: Höland, Armin; Sethe, Rolf (2011). Baden-Baden, Germany: Nomos.

Schriften zum Notarrecht

27

Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)

Elternunterhalt



Nomos

Band 27

Schriften zum Notarrecht

**Herausgegeben von der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)**

Herausgeber-Beirat

Prof. Dr. Johannes Hager (Vorsitzender),
Forschungsstelle für Notarrecht
der Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Dr. Ulrich Bracker,
Präsident der Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,
Rheinisches Institut für Notarrecht
der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Rainer Schröder,
Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Klaus Tiedtke,
Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Armin Höland/Prof. Dr. Rolf Sethe/
Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)

Elternunterhalt



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-6845-8

1. Auflage 2011

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am Recht des Elternunterhalts hat sich seit dem Inkrafttreten des BGB mit Jahresbeginn 1900 wenig geändert, an der Wirklichkeit des Elternunterhalts hingegen viel. Genauer wird man sagen müssen, dass Elternunterhalt überhaupt zu einem Thema des Rechts wurde, ist für sich schon eine bemerkenswerte Veränderung gesellschaftlicher Wirklichkeit. Sie ist deshalb bemerkenswert, weil sich mit dem Elternunterhalt eine über Jahrzehnte hinweg konstante Hauptfließrichtung von Unterhalt veränderte. Bis in die 80er Jahre des 20. Jahrhunderts floß der Unterhalt im Wesentlichen von den Alten zu den Jungen, von den Eltern zu den Kindern. Nach der Erfüllung der familiären Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern trennten sich die Generationenwege für gewöhnlich auf Dauer in selbstständige, jedenfalls ökonomisch unabhängige Lebensführungsverhältnisse. Die auf Vermögen und/oder Rentenzahlungen gestützten Einkünfte der Älteren blieben auskömmlich bis zum Tod.

Das gilt in dieser Allgemeinheit und Typik heute nicht mehr. Die im historischen Vergleich nach dem Zweiten Weltkrieg rasch und kräftig gestiegene Lebenserwartung – für Deutschland innerhalb der fünf Jahrzehnte zwischen 1960 und 2008 von 70 auf 80 Jahre und damit um ein ganzes Jahrzehnt – hat Zahl und Anteil älterer Menschen an der Bevölkerung deutlich steigen lassen. Die Rüstigkeit nimmt mit zunehmendem Lebensalter ab. Für den steigenden Anteil betreuungsbedürftiger alter Menschen finden sich in den kleiner und instabiler gewordenen Familien häufig nicht mehr angemessene Betreuungsmöglichkeiten. Die – oft schweren Herzens akzeptierte – Alternative sind institutionelle Unterbringungsangebote in Heimen. Die wiederum sind so teuer, dass das für eine bürgerliche Altersexistenz an sich auskömmliche Renteneinkommen nicht mehr ausreicht. Auf diese Weise können Menschen am Ende ihres Lebens wieder bedürftig und damit im Sinne des § 1602 Abs. 1 BGB unterhaltsberechtiget werden. Wegen Dringlichkeit und Klärungsbedarfs, gelegentlich auch wegen unzureichender familiärer Verantwortlichkeit, treten nicht selten, jedenfalls mit wachsender Häufigkeit, die Träger der sozialen Sicherheit in Vorlage. Das ist die moderne Familienwirklichkeit, die hinter der Beobachtung von *Martin Kassenbacher* steht (NJW-Spezial 2011, 4 f.), wonach der häufigste Fall des Elternunterhalts der des § 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII ist. Danach geht der nach bürgerlichem Recht bestehende Unterhaltsanspruch einer leistungsberechtigten Person für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch auf den Träger der Sozialhilfe über. An dieser Stelle wird deutlich, dass mit veränderten demographischen und familiären Lebensbedingungen auch eine in dieser Häufigkeit und Intensität historisch neue Verschränkung von bürgerlichem Recht und Sozialrecht einhergeht.

Die auf moderne Familienverhältnisse bezogene Sozial- und Rechtsentwicklung ist auch bei den rechtsberatenden und rechtsgestaltenden Berufen und hier vor allem bei den Notaren angekommen. Bereits im Jahr 2004 bemerkte der Notar *Hans-Frieder Krauß* aus Hof, dass Fragen der Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern („Aszendentenunterhalt“) eine immer gewichtigere Rolle in der notariellen Praxis spielten – „allerdings nicht (wie bspw. nacheheliche Unterhaltspflichten) als Objekt notariell begleiteter Gestaltung, sondern (angesichts ihrer materiell-rechtlichen Unabänderlichkeit, § 1614 Abs. 1 BGB) als Risikoumstände im Umfeld des Vermögenserwerbs und der Vermögensübertragung“ (DNotZ 2004, 502).

Die Annahme, dass das Thema des Elternunterhalts auf erhebliches Interesse der notariellen Praxis stoßen würde, fand in der regen Teilnahme am 5. Notarrechtlichen Symposium an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Juni 2009 seine Bestätigung. Den Auftakt zum Symposium machte der im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an Authentizität kaum zu überbietende Beitrag von *Thomas Wagenitz* und *Andreas Holzwarth*, Richter und wissenschaftlicher Mitarbeiter im XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, zu „Stand und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Elternunterhalt“. *Rolf Sethe* und *Andy Ruzik*, Lehrstuhlinhaber bzw. seinerzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, weiteten den gerade im Unterhaltsrecht für gewöhnlich von der nationalen Rechtsordnung bestimmten Blick auf „International-privatrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts“. Der Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, Köln, sprach zum Thema „Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Hinblick auf den Elternunterhalt“. Der Notar *Thomas Krause* aus Staßfurt vertiefte die Thematik unter der für freiberufliche Existenzen praktisch bedeutsamen Fragestellung zur „Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt – unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06“. *Armin Höland*, Lehrstuhlinhaber an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Hallischen Universität, untersuchte den Elternunterhalt „als Schnittfeldproblematik zwischen dem Zivilrecht und dem Sozialrecht“. Für viele Teilnehmer sicherlich neue Einblicke bot der durch praktische Erfahrungen angereicherte Vortrag von *Eberhard Ziegler* aus dem Grundlagenreferat der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung e.V. (DGUV) zur „Elternrente nach § 69 SGB VII – Eine unfallversicherungsrechtliche Perspektive“.

Bis auf eines werden alle Referate in diesem Band abgedruckt. Sie befinden sich auf dem Stand Juli 2010 und sind mit Nachweisen versehen. Eine informative Zusammenfassung des Diskussionsverlaufs auf dem 5. Notarrechtlichen Symposium in Halle bietet der Bericht der wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Sabine Schmidt* in der Monatsschrift „notar“, Ausgabe 11-2009, 496 ff.

Die Herausgeber danken der Stiftung Rechtsstaat Sachsen-Anhalt e.V. für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Halle und Zürich, 20. Dezember 2010

Armin Höland und Rolf Sethe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Stand und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Elternunterhalt <i>RiOLG Dr. Andreas Holzwarth, Stuttgart</i> <i>RiBGH a.D. Prof. Dr. Thomas Wagenitz, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg</i>	11
Kapitel 1 Einführung	12
Kapitel 2 Voraussetzungen des Elternunterhalts	14
A. Bedarf der Eltern	14
B. Bedürftigkeit der Eltern	15
C. Leistungsfähigkeit des Kindes	16
I. Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen	17
II. Bereinigung des Einkommens des Kindes	18
1. Altersvorsorge	19
2. Unterhaltsverpflichtungen des Kindes	20
3. Einsatz von Vermögen des Kindes	22
D. Selbstbehalt	23
I. Zum Selbstbehalt allgemein	23
II. Zum Selbstbehalt des verheirateten Kindes	24
E. Anteilige Haftung von Geschwistern	26
F. Verwirkung	27
Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts <i>Richter Dr. Andy Ruzik, LL.M.oec., Aachen</i> <i>Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M., Universität Zürich</i>	31
Kapitel 1 Einleitung	32
A. Elternunterhalt als Frage von Gesetz und Moral	32
B. Problemstellung: Internationalität durch Mobilität	32
Kapitel 2 Rechtsquellen des Internationalen Unterhaltsrechts	34
A. Überblick	34
B. Die Haager Übereinkommen	35
C. Weitere Rechtsquellen	35
Kapitel 3 Das Kollisionsrecht des Elternunterhalts	37
A. Maßgebliche Rechtsquellen und ihr Verhältnis zueinander	37
	7

I.	Kollisionsrechtsvereinheitlichung und ihre Ziele	37
II.	Für den Elternunterhalt relevante Regularien	38
III.	Verhältnis der Rechtsquellen	39
B.	Gegenwärtige Anknüpfungsregeln für den Elternunterhalt	40
I.	Aufenthaltort des Berechtigten als Grundanknüpfung im Unterhaltsrecht	40
II.	Heimatrecht der Parteien als Hilfsanknüpfung	41
III.	Ersatzanknüpfung: lex fori	42
IV.	Deutsches Recht nach Vorbehaltserklärung	43
V.	Flankierende Bestimmungen	43
VI.	Insbesondere: Sozialhilferegress	45
C.	Künftige Anknüpfungsregeln nach dem HUP 2007	46
I.	Gründe für die Neukonzeption des staatsvertraglichen Unterhaltskollisionsrechts	46
II.	Abweichende Anknüpfungsleiter	47
III.	Einrede fehlender Gegenseitigkeit	49
IV.	Zulässigkeit der Rechtswahl	50
1.	Rechtswahl als Novum im Unterhaltskollisionsrecht	50
2.	Voraussetzungen der Rechtswahl nach dem HUP 2007	52
3.	Die „Abwahl“ des Elternunterhalts	52
a)	Ausgangslage	52
b)	Materieller Verzicht und kollisionsrechtliche Statutenwahl	53
c)	Nichtgewährung von Elternunterhalt kein Ordre-Public-Verstoß	54
d)	Kein Ordre-Public-Verstoß allein wegen einer Belastung der öffentlichen Kassen	57
e)	Ausreichender Schutz durch Art. 8 HUP	58
Kapitel 4	Rechtsvergleichende Aspekte	61
A.	„Wie hältst Du’s mit dem Elternunterhalt?“	61
B.	Nicht nur ein Steuerparadies: Elternunterhalt in der Schweiz	63
I.	Grundzüge der Verwandtenunterstützungspflicht	63
1.	Privates und öffentliches Unterhaltsrecht	63
2.	Notbedarf und „günstige Verhältnisse“ im Überblick	65
II.	Ergänzungsleistungen zur AHV/IV	67
III.	Kritik an der Verwandtenunterstützungspflicht	70
Kapitel 5	Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in der EU	71
A.	Internationale Zuständigkeit zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen	71
I.	Beklagten- und Klägergerichtsstand nach Art. 3 EuUntVO	71
II.	Kein Klägergerichtsstand für Regressansprüche	72
III.	Prorogation und rügelose Einlassung	73
B.	Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln	73
I.	Das zweigleisige Vollstreckungssystem der EuUntVO	74
II.	Wertungswiderspruch im Sozialhilferegress?	76

Kapitel 6	Zusammenfassung	79
A.	Kollisionsrecht	79
B.	Rechtsvergleich	81
C.	Durchsetzung	81
Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt		
<i>Thomas Krause, Notar in Staßfurt</i>		83
Kapitel 1	Einleitung	84
Kapitel 2	Doppelverwertungsverbot als Problem der Bewertung einer freiberuflichen Praxis	86
Kapitel 3	Das Urteil des BGH vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06	88
A.	Ausgangsfall	88
B.	Kriterien für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis	88
I.	Bewertungsmethode	89
II.	Vermeidung einer Doppelverwertung durch Abzug eines konkret gerechtfertigten Unternehmerlohns	89
III.	Berücksichtigung der Steuerlast	90
Kapitel 4	Ermittlung des konkret gerechtfertigten Unternehmerlohns	91
Kapitel 5	Folgerungen für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt	92
A.	Verpflichtung des unterhaltspflichtigen Kindes zur Verwertung seiner freiberuflichen Praxis?	92
B.	Umsetzung des Doppelverwertungsverbots beim Elternunterhalt	93
C.	Sonderfall: Notar	94
Kapitel 6	Fazit	95
Der Elternunterhalt als Schnittfeldproblematik zwischen dem Zivilrecht und dem Sozialrecht		
<i>Prof. Dr. Armin Höland, Martin-Luther-Universität Halle- Wittenberg</i>		97
Kapitel 1	Einleitung und Fragestellung	98
A.	Sozio-demographische Entwicklungen mit Bezug zum Elternunterhalt	99
B.	Bürgerliches Recht und Sozialrecht in der Systematik der Rechtsordnung	100
C.	Der Übergang von Ansprüchen im Sozialrecht	102
D.	Der Übergang von Ansprüchen auf Elternunterhalt nach § 94 SGB XII im Lichte der Rechtsprechung – ausgewählte Probleme	105
I.	Entscheidungslinien der Zivilgerichte mit Bezug zum Elternunterhalt	107
1.	Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten	107
2.	Die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des zum Unterhalt Verpflichteten	108

a)	Der angemessene Selbstbehalt	111
b)	Elternunterhalt und Ehegattenunterhalt	112
3.	Die Bestimmung des angemessenen Unterhalts	114
II.	Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit Bezug zum Elternunterhalt	114
E.	Abschließende Beobachtungen	115
	Elternrente nach § 69 SGB VII - eine unfallversicherungsrechtliche Perspektive	
	<i>Eberhard Ziegler, Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV)</i>	117
Kapitel 1	Einleitung	118
Kapitel 2	Unterhaltsansprüche der Eltern als Anspruchsvoraussetzung	119
Kapitel 3	Wesentlicher Unterhalt aus dem Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen	121
Kapitel 4	Maßgebende Beurteilungszeitpunkte	122
Kapitel 5	Fiktive Entwicklung der Unterhaltsfähigkeit des Verstorbenen	124
Kapitel 6	Höhe der Elternrente	126

**Stand und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zum Elternunterhalt**

RiOLG Dr. Andreas Holzwarth, Stuttgart

RiBGH a.D. Prof. Dr. Thomas Wagenitz, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Kapitel 1 Einführung

Wer es heute unternimmt, über die Rechtsprechung des BGH¹ zum Elternunterhalt zu referieren, sieht sich mit drei Schwierigkeiten konfrontiert. Zum ersten: Der BGH hat bislang nur wenige Entscheidungen zum Elternunterhalt getroffen². Zum zweiten: Diese Entscheidungen decken nicht die volle Bandbreite der Probleme des Elternunterhalts ab. Das erklärt sich aus dem jugendlichen Alter dieser Rechtsprechung: Der Elternunterhalt ist erst seit dem 1. Juli 1998 den Familiengerichten, damit den Oberlandesgerichten als Berufungsgerichten und schlussendlich dem Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz angefallen. Zum BGH gelangen dabei nur die Fälle, in denen das Oberlandesgericht die Revision zugelassen hat; eine Nichtzulassungsbeschwerde ist in Familiensachen nicht eröffnet. Zum dritten: Ein Teil der Entscheidungen betrifft das Zusammenspiel von Eltern- und Familienunterhalt – in Stichworten: Inwieweit prägt der Elternunterhalt die ehelichen Lebensverhältnisse des Kindes? Hier – bei der Leistungsfähigkeit des verheirateten Kindes im Hinblick auf den von ihm vorrangig geschuldeten Familienunterhalt – spielte bislang ein Gutteil der Probleme des Elternunterhalts. Diese Judikatur dürfte in dieser Form – jedenfalls derzeit – nicht mehr aufrecht zu erhalten sein, nachdem der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu § 1587 BGB aufgegeben hat und anstelle der prägen-

- 1 Stand Juni 2009; zur neuesten Entwicklung vgl. jedoch Fn. 2 a.E, Fn. 3 und unten Kapitel 2 D. II. b), und F. Der Vortrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasser wieder; die Vortragsform wurde beibehalten.
- 2 BGH, 23.10.2002, XII ZR 266/99, BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698; BGH, 19.2.2003, XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860; BGH, 19.3.2010, XII ZR 123/00, BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179; BGH, 7.5.2003, XII ZR 229/00, FamRZ 2003, 1836; BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 m. Anm. *Schürmann* FamRZ 2004, 189; BGH, 15.10.2003, XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366; BGH, 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370; BGH, 14.1.2004, XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792; BGH, 14.1.2004, XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443; BGH, 28.1.2004, XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795; BGH, 21.4.2004, XII ZR 251/01, FamRZ 2004, 1097; BGH, 21.4.2004, XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184; BGH, 19.5.2004, XII ZR 304/02, FamRZ 2004, 1559; BGH, 7.7.2004, XII ZR 272, FamRZ 2004, 1370 m. Anm. *Schürmann* FamRZ 2004, 1557; BGH, 23.11.2005, XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935; BGH, 30.8.2006, XII ZR 98/04, BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511. Zu parallelen Erwägungen betreffend die Unterhaltspflicht der Großeltern gegenüber ihren Enkeln vgl. etwa BGH Urteile vom 8.6.2005, XII ZR 75/05, FamRZ 2006, 26, 28; BGH, 3.5.2006, XII ZR 35/04, FamRZ 2006, 1099 und vom 12.12.2006, XII ZR 137/04, FamRZ 2007, 375 Rn. 10. Eine ausführliche Übersicht über die – auch instanzgerichtliche – Rechtsprechung bieten *Hauß*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien, FamRZ-Buch Nr. 21, 3. Aufl. 2010, und *Eschenbruch/Klinkhammer*, Der Unterhaltsprozess, 5. Aufl. 2009, 2. Kap. Zur neuesten Entwicklung vgl. BGH, 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 und BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888.

den ehelichen Lebensverhältnisse auf die stets wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse abstellt³.

3 So in der Tat jetzt BGH, 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535. Zur Kritik an der Rechtsprechung zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen und zu deren offenbar demnächst anstehender verfassungsgerichtlicher Überprüfung vgl. Fn. 35. [red. Anm.: Siehe jetzt BVerfG, FamRZ 2011, 437].

Kapitel 2 Voraussetzungen des Elternunterhalts

Der Elternunterhalt ist im BGB nicht besonders geregelt. Er unterfällt vielmehr den allgemeinen Vorschriften über den Verwandtenunterhalt. Deshalb ist das Prüfungsschema des Elternunterhalts mit der Prüffolge identisch, wie sie herkömmlich im allgemeinen Unterhaltsrecht gilt: Gefragt wird (A.) nach dem Bedarf (§ 1610 BGB) und (B.) nach der Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) des Unterhaltsberechtigten sowie (C.) nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen (§ 1603 BGB); dabei spielt (D.) der Selbstbehalt eine wichtige Rolle. Bei mehreren gleichrangigen Unterhaltspflichtigen – bezogen auf den Elternunterhalt: bei Geschwistern – kommt sodann (E.) die Haftungsquote (§ 1606 BGB) in den Blick. Schließlich stellt sich (F.) die Frage nach einer etwaigen Verwirkung (§ 1611 BGB). Diesem Schema folgt auch die folgende Darstellung:

A. Bedarf der Eltern

Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach dem Bedarf. Dieser richtet sich gem. § 1610 BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen – hier also der Unterhalt beanspruchenden Eltern. Insoweit unterscheidet sich der Elternunterhalt von den Unterhaltsansprüchen eines minderjährigen oder in der Ausbildung befindlichen Kindes oder vom Ehegattenunterhalt: Der Bedarf des Kindes leitet sich aus der Rechtsstellung der Eltern, der Unterhalt des Ehegatten leitet sich aus den ehelichen Lebensverhältnissen ab. Beim Elternunterhalt kommt es dagegen auf die Lebensstellung der unterhaltsberechtigten Eltern selbst an.⁴ Diese Lebensstellung ist situationsgebunden. So verändert der Eintritt der Eltern in den Ruhestand in der Regel die Einkommensverhältnisse nachteilig. Das bewirkt eine Änderung der Lebensstellung, die sich unterhaltsrechtlich auswirkt: Die Eltern können von ihren Kindern keinen Unterhalt entsprechend ihrem früheren Lebensstandard beanspruchen. Untergrenze des Bedarfs sind auch bei bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen diejenigen Mittel, mit denen das Existenzminimum der Eltern sichergestellt werden kann.⁵

Im Ergebnis bedeutet dies, dass im Regelfall ein Anspruch auf Elternunterhalt nur das Existenzminimum abdeckt. Verfügt nämlich ein Elternteil über ein das Existenzminimum übersteigendes Einkommen, bestimmt sich sein Bedarf zwar nach diesem höheren Einkommen. Diesen Bedarf kann der Elternteil jedoch aus den eigenen Mitteln decken, so dass es jedenfalls an der Bedürftigkeit fehlt. Praktisch werden deshalb für den Elternunterhalt regelmäßig nur Fälle, in denen die Einkünfte der

⁴ BGH, FamRZ 2003, 860, 861.

⁵ BGH, FamRZ 2003, 860, 861.

Eltern unter dem Existenzminimum liegen, in denen die Kinder also die Differenz zwischen Existenzminimum und Einkünften abdecken müssen.

Ganz banal, aber hilfreich lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden: Entweder der Elternteil wohnt im eigenen Hausstand oder er ist in einem Heim untergebracht. Beim Wohnen im eigenen Hausstand bestimmt sich der Bedarf in der Praxis grundsätzlich nach den Eigenbedarfssätzen der Düsseldorfer Tabelle, die das unterhaltsrechtliche Existenzminimum wiedergeben. Der Satz beläuft sich für einen Nicht-Erwerbstätigen derzeit auf 770 €. Ist der Elternteil in einem Heim untergebracht, so ist der Bedarf konkret zu bemessen. Er wird durch die erforderlichen Heimkosten vorgegeben, ergänzt durch ein Taschengeld für – wie der BGH sagt – „Kleinigkeiten des täglichen Lebens“.⁶ Zweifelhaft kann hier allenfalls sein, ob die Heimunterbringung notwendig ist und kein kostengünstigeres Heim als das von den Eltern gewählte zur Verfügung steht – beides muss das Kind substantiiert bestreiten. Der Kostenaspekt ist dabei ein beliebtes Einfallstor für juristische Ratgeber, die unterhaltspflichtigen Kindern empfehlen, ihre unterhaltsberechtigten Eltern zum Heimaufenthalt in ein preisgünstigeres Ausland zu verbringen. Ein solcher Pflgetourismus wird indes auch dementen Eltern – schon im Hinblick auf die wünschenswerte Kontrolle durch Familiengericht und deutsche Heimaufsicht – schwerlich als zumutbar anzusehen sein.⁷

Der angemessene Bedarf ist situationsgebunden, also an den aktuellen Einkommensverhältnissen der Eltern ausgerichtet. Der BGH hat jedoch angedeutet, dass der angemessene Bedarf der Eltern für eine Übergangszeit nach dem früheren Lebensstandard zu bemessen sein könne.⁸ Das könnte möglicherweise – für den Fall einer Heimunterbringung – bedeuten, dass bei Schwinden der finanziellen Ressourcen der Eltern ein allzu abrupter Wechsel von einem Heim in ein – kostengünstigeres – anderes Heim im Einzelfall unzumutbar erscheinen kann. Auch bei eigenem Hausstand des Elternteils könnte sich die Aufgabe einer inzwischen zu teuren Wohnung womöglich als unzumutbar erweisen – so etwa dann, wenn sich die Kostenspanne und die voraussichtliche Lebensdauer in gleichermaßen überschaubaren Grenzen halten.

B. Bedürftigkeit der Eltern

Ein Elternteil ist nur dann und nur insoweit unterhaltsbedürftig, als er seinen Bedarf nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen decken kann. Bedarfsdeckend sind deshalb eigenes Einkommen (also: Rente, Zinseinkünfte, Arbeitseinkommen), aber auch eigenes Vermögen (also etwa: Hausgrundstück, Sparvermögen) des Elternteils anzurechnen. Der Bedarf der Eltern wird auch durch deren Ansprüche auf vorrangige Sozialleistungen gemindert. Hierzu gehören namentlich Leistungen der Pflege-

6 BGH, FamRZ 2004, 1370, 1371 f.; vgl. auch BGH, FamRZ 2004, 366, 369.

7 Zum Ganzen *Hauß* (Fn. 2) Rn. 60 ff. Vgl. auch § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI und EuGH, 5.3.1998, C-160/96, Slg. 1998, I-843 – Molenaar ./ AOK Baden-Württemberg.

8 BGH, FamRZ 2003, 860, 861.

versicherung, ferner auch Wohngeld, soweit es nicht für erhöhten unvermeidbaren Wohnbedarf benötigt wird. Nicht anzurechnen sind umgekehrt alle jene Sozialleistungen, die nur subsidiär gewährt werden, insbesondere also die Sozialhilfe. Auch die Grundsicherung im Alter könnte als subsidiäre Sozialleistung angesehen werden, nachdem sie in das SGB XII integriert worden ist. Allerdings sprechen Sinn und Zweck der Leistung sowie deren Ausgestaltung im Einzelnen für eine Eigenständigkeit. Das Kind kann den Elternteil deshalb auf die vorrangige Beantragung der Grundsicherung verweisen. Die Leistungen der Grundsicherung sind dem Elternteil jedenfalls als fiktives Einkommen anzurechnen.⁹

Dem verheirateten Elternteil ist sein persönliches Renteneinkommen auch dann in vollem Umfang bedarfsdeckend anzurechnen, wenn er seinem Ehegatten zum Familienunterhalt verpflichtet ist. Der Umstand, dass dem Elternteil in solchen Fällen sozialhilferechtlich ein Teil seines Einkommens anrechnungsfrei verbleibt, ist unterhaltsrechtlich – so der BGH – irrelevant.¹⁰ Begründet wird dies mit dem Ziel des Anspruchs auf Elternunterhalt: Dieser soll den eigenen Bedarf nur des Elternteils befriedigen; er will es dem Elternteil dagegen nicht ermöglichen, mit den Mitteln des Kindes eigene Unterhaltungspflichten, die ihm gegenüber Dritten – hier gegenüber seinem Ehegatten – obliegen, zu erfüllen. Dies gilt auch dann, wenn dieser Ehegatte die Mutter oder Vater des Kindes und das Kind diesem Elternteil auch seinerseits unterhaltspflichtig ist. Das ist dogmatisch plausibel und praktisch einleuchtend. Nicht ganz unproblematisch erscheint diese Argumentation aber dann, wenn man andernorts von einer hälftigen Teilhabe des Ehegatten am Familieneinkommen ausgeht und deshalb – ebenfalls plausibel – bei der Leistungsfähigkeit des den Elternunterhalt schuldenden verheirateten Kindes dessen Verpflichtung zum Familienunterhalt grundsätzlich einkommensmindernd berücksichtigt.¹¹

Von seinem Vermögen ist dem unterhaltsberechtigten Elternteil ein sog. Notgroschen für Fälle plötzlich auftretenden Sonderbedarfs zu belassen, für den der BGH auf den entsprechenden Schonbetrag Bezug genommen hat¹² und der z.B. für Personen über 60 Jahre 2.600 € beträgt (§ 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII).

C. Leistungsfähigkeit des Kindes

In der Praxis wird die Bedürftigkeit eines Elternteils nur selten bestritten. Die forensische „Musik“ des Elternunterhalts spielt deshalb bei der Frage nach der Leistungsfähigkeit des Kindes. Leistungsfähig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen imstande ist, Unterhalt zu gewähren, ohne seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu gefährden. Der BGH geht im Grundsatz davon aus, dass das unterhaltspflichtige Kind bei einer Inanspruchnahme auf Elternunterhalt keine spür-

⁹ Eschenbruch/Klinkhammer (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 46.

¹⁰ BGH, FamRZ 2004, 1370, 1372.

¹¹ BGH, FamRZ 2003, 860, 864 f. und FamRZ 2004, 186, 187 f.

¹² BGH, FamRZ 2004, 370, 371.

bare und dauerhafte Senkung seines bisherigen Lebensstandards hinnehmen muss. Begründet wird dies damit, dass das Gesetz den Unterhaltsanspruch rechtlich vergleichsweise schwach ausgestaltet hat. Eine Ausnahme soll gelten, wenn das Kind einen nach seinen persönlichen Verhältnissen – insbesondere also nach Einkommen und Beruf – unangemessen aufwendigen Lebensstil führt.¹³

I. Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen

Das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen des Kindes bemisst sich im Grundsatz nach den auch sonst im Unterhaltsrecht geltenden Maßstäben.¹⁴ So sind etwa Überstundenvergütungen nach den auch sonst im Unterhaltsrecht geltenden Maßstäben zum Einkommen zu zählen.¹⁵ Auch können fiktive Einkünfte des Kindes bei der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sein. Hat das Kind z.B. bei der Versteuerung seines Einkommens die im Verhältnis zu seinem Partner ungünstigere Steuerklasse (also etwa V statt IV) gewählt, wird diese Verschiebung der Steuerlast für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit durch einen tatrichterlich zu schätzenden Abschlag von der Steuer korrigiert.¹⁶ Die Aufteilung der Steuerschuld ergibt sich dann auf das Jahr gerechnet aus einer fiktiven Einzelveranlagung der Ehegatten. Das Nettoeinkommen des Kindes wird auf diese Weise fiktiv angehoben. Entsprechendes gilt für die Aufteilung einer Steuererstattung, die auf gemeinsamer Veranlagung des Kindes und seines Ehegatten basiert. Auch hier ist der Steuervorteil, der auf jeden der beiden Ehegatten entfällt, anhand einer fiktiven Einzelveranlagung zu ermitteln. Der Erstattungsbetrag müsste dann im Verhältnis der sich fiktiv ergebenden Steuerschuld auf das Kind und seinen Ehegatten aufgeteilt werden.¹⁷

Allerdings können die Besonderheiten des Elternunterhalts Modifizierungen bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Kindes erfordern. So besteht gegenüber den bedürftigen Eltern eine unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit des Kindes, die zur Berücksichtigung fiktiver Einkünfte führen kann.¹⁸ Weil der Elternunterhalt aber schwach ausgestaltet ist, kann vom Kind nicht verlangt werden, dass es seine verfestigte Lebensplanung ändert. Keine Erwerbsobliegenheit hat deshalb ein Kind, das sich im vorgerückten Alter seit Jahren auf die Haushaltsführung beschränkt hat.¹⁹ Wohnt das Kind mietfrei im eigenen Haus, ist auch dieser vermögenswerte Vorteil einkommenssteigernd zu berücksichtigen. Dies allerdings nicht – wie sonst beim Verwandtenunterhalt – mit dem objektiven Mietwert, den das Kind für seinen Wohnraum, wäre er gemietet, bezahlen müsste. Denn die Anrechnung dieses objek-

13 Zum Ganzen grundlegend BGHZ 152, 217, 227 ff. = FamRZ 2002, 1698, 1700 ff.

14 Eschenbruch/Klinkhammer (Fn. 2), 2. Kap. 2 Rn. 58.

15 BGH, FamRZ 2004, 186, 187; a.A. Schürmann, FamRZ 2004, 189, 190.

16 BGH, FamRZ 2004, 443, 444 f. m. Anm. Schürmann 446.

17 So jedenfalls BGH, FamRZ 2006, 1178, 1180 f. zum Trennungsunterhalt: „steuerkonforme Aufteilung“.

18 Strohal, FamRZ 2004, 441.

19 Eschenbruch/Kinkhammer (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 58.

tiven Mietzinses könnte, wenn die Wohnverhältnisse des Kindes deutlich über dem nach seinem Einkommen und Beruf angemessenen Niveau liegen, das Kind möglicherweise zwingen, sich – im Hinblick auf die Belastung mit dem Elternunterhalt – eine andere Wohnung zu suchen und das eigene Haus zu veräußern oder zu vermieten. Eine solche gravierende Umstellung seiner Lebenssituation soll ihm aber gerade erspart bleiben. Ähnlich wie beim Trennungsunterhalt unter Ehegatten wird deshalb der Wohnwert des eigenen Hauses nur mit dem Mietwert in Ansatz gebracht, den das Kind für einen nach seinen Verhältnissen angemessenen Wohnraum aufwenden müsste.²⁰

Taschengeld, das dem Kind von seinem Ehegatten – nach herkömmlicher Auffassung als Teil des Familienunterhalts – gewährt wird, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seinem Einkommen zugerechnet und ist deshalb grundsätzlich für den Elternunterhalt einzusetzen. Das Taschengeld ist allerdings nur insoweit anzusetzen, als es nicht zur Deckung des angemessenen Bedarfs benötigt wird.²¹ Die Berücksichtigung des Taschengelds als Einkommen entspricht im Ansatz der Rechtsprechung des BGH zum Kindesunterhalt.²² Das ist nicht unproblematisch, wenn man an die volle Einkommensanrechnung beim Elternteil denkt, der seinerseits seinem Ehegatten unterhaltspflichtig ist (vgl. oben B.).²³ Dort bleibt der Anspruch des Ehegatten auf Unterhalt bei der Prüfung der Bedürftigkeit des Elternteils unberücksichtigt. Denn der Elternunterhalt dient nicht dazu, dem Elternteil die Erfüllung von eigenen Unterhaltungspflichten gegenüber Dritten – hier gegenüber seinem Ehegatten – zu ermöglichen. Das erklärt indessen nicht, warum das beim Taschengeld, das der Ehegatte des Kindes diesem gewährt und das nun zur Tilgung von dessen Elternunterhaltungspflicht herhalten soll, nicht gilt. Richtigerweise müsste der Taschengeldanspruch des Kindes gegenüber seinem Ehegatten bei der Einkommensermittlung des Kindes außer Betracht bleiben, da anderenfalls auch hier eine mittelbare Unterhaltungspflicht begründet würde.

II. Bereinigung des Einkommens des Kindes

Das so ermittelte Einkommen des Kindes ist um bestimmte Aufwendungen und Verbindlichkeiten des Kindes – wie man im Unterhaltsrecht sagt – zu „bereinigen“. Nach allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen sind dabei Verbindlichkeiten des Kindes als Abzugsposten regelmäßig anzuerkennen, wenn sie eingegangen worden sind, bevor die Verpflichtung zum Elternunterhalt absehbar war. Sind Kreditverbindlichkeiten des Kindes erst nachträglich entstanden, sind diese dann zu Lasten seiner Eltern zu berücksichtigen, wenn ihre Eingehung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Lebensstellung des Unterhaltspflichtigen angemessen war – so etwa

20 BGH, FamRZ 2003, 1179, 1180 f. m. Anm. *Klinkhammer* FamRZ 2003, 1179, 1182, 1183.

21 BGH, FamRZ 2004, 366, 369.

22 BGH, FamRZ 1986, 668 f.

23 BGH, FamRZ 2004, 1370, 1372.

für die notwendige Anschaffung eines PKW. Bei der Angemessenheitsprüfung ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Denn das Kind soll durch den Elternunterhalt – nach dessen Leitgedanken – keine Einschränkung seines Lebensstandards hinnehmen müssen.²⁴ Andererseits wird zu bedenken sein, dass viele Anschaffungen des Kindes, auch wenn sie vom Kind im Kreditweg finanziert werden, wie etwa ein auf Raten gekauftes Fernsehgerät, zur allgemeinen Lebenshaltung gehören. Sie sind dann aus dem großzügig bemessenen Selbstbehalt zu bestreiten (vgl. dazu unten D.); sie dürfen deshalb nicht vorab – als angemessene Verbindlichkeiten – vom Einkommen des Kindes abgesetzt werden. Zwei Aspekte sind für den Elternunterhalt besonders relevant:

1. Altersvorsorge

Nach der Rspr. des BGH geht die eigene angemessene Altersversorgung des Kindes der Sorge für seine Eltern vor.

Der BGH stellt ausdrücklich in Rechnung, dass die gesetzlichen Vorsorgesysteme für eine angemessene Alterssicherung nicht mehr ausreichen werden. Deshalb kann ein Kind, das sozialversicherungspflichtig beschäftigt oder beamtet ist, eine zusätzliche Altersvorsorge betreiben, für die der BGH einen um 25% über der gesetzlichen Rentenversicherung liegenden Betrag als angemessen angesehen hat; angesichts eines gesetzlichen Beitragssatzes von rund 20% wird dem Kind deshalb gestattet, von seinem Einkommen bis zu 5% seines Bruttoeinkommens als Aufwendung für eine sekundäre Altersvorsorge abzusetzen.²⁵ Bei Selbstständigen erkennt der BGH einen Betrag von bis zu 20% des Bruttoeinkommens als abzugsfähige Aufwendung für eine primäre Altersversorgung an.²⁶ Konsequenterweise müssten, wenn man eine Gleichbehandlung des Selbstständigen mit dem abhängig Beschäftigten anstrebt, auch dem Selbstständigen weitere 5% seines Einkommens für eine sekundäre Altersversorgung verbleiben, so dass im Ergebnis 25% als angemessener Vorsorgeaufwand anzuerkennen wären. Umgekehrt rechtfertigt die Gleichbehandlung von Selbstständigen und abhängig Beschäftigten den Schluss, dass der abhängig Beschäftigte, der ein über der Beitragsbemessungsgrenze liegendes Einkommen erzielt, insgesamt 25% des diese Grenze überschießenden Betrags als Aufwendung für seine Altersversorgung in Abzug bringen kann.

Die Art der Altersvorsorge ist ins Belieben des Kindes gestellt: Das Kind ist also nicht auf die – wie es so schön im Bankendeutsch heißt – „zertifizierten Altersvorsorgeprodukte“ beschränkt. Auch ein riskanter Aktienerwerb unterfällt, wenn er der Altersvorsorge dient, deshalb der Privilegierung. Voraussetzung ist freilich, dass die Altersvorsorge tatsächlich betrieben wird – dass also regelmäßig Rücklagen gebil-

24 Grundlegend BGHZ 152, 217, 227 ff. = FamRZ 2002, 1698, 1700 ff.

25 BGH, FamRZ 2004, 792, 793.

26 BGH, FamRZ 2003, 860, 862 f.

det, Prämien gezahlt oder Wertpapiere gekauft werden.²⁷ Eine darüber hinausgehende Bildung von Rücklagen wird grundsätzlich nicht anzuerkennen sein: Das Kind darf keine Vermögensbildung zu Lasten seiner unterhaltsberechtigten Eltern betreiben. Eine Ausnahme wird für die Finanzierung eines angemessenen Eigenheims gemacht, was sich allerdings – über die Berücksichtigung des Wohnwertes als Einkommen des Kindes – letztlich wieder teilweise zugunsten der Eltern auswirken kann.²⁸

2. Unterhaltsverpflichtungen des Kindes

Der Anspruch auf Elternunterhalt ist nachrangig (§ 1609 Nr. 6 BGB). Deshalb sind zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Kindes dessen vorrangige Unterhaltsverpflichtungen als Verbindlichkeiten von dessen Einkommen vorweg abzuziehen. Das wird vor allem praktisch hinsichtlich des Anspruchs auf Familienunterhalt (§ 1360a BGB), der dem Ehegatten des unterhaltspflichtigen Kindes gegen dieses zustehen kann.

Dieser Anspruch ist zwar nicht auf Geldleistung gerichtet. Er wird aber aus Gründen der Vereinfachung wie der Trennungsunterhalt nach den Maßstäben des § 1578 BGB, insbesondere also nach den ehelichen Lebensverhältnissen, bemessen (monetarisiert)²⁹. Der Anspruch beträgt – wenn man der Düsseldorfer Tabelle folgt und beide Ehegatten Einkünfte beziehen – $\frac{3}{7}$ der Einkommensdifferenz. Dieser Vorwegabzug des vorrangigen Anspruchs auf Familienunterhalt erscheint wegen des Nachrangs des Elternunterhalts an sich einfach. Allerdings stellte sich nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH die Frage, ob die Unterhaltungspflicht des verheirateten Kindes gegenüber seinen Eltern bereits die „ehelichen Lebensverhältnisse“ tatsächlich oder doch latent geprägt hat und damit auch den (nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu bemessenden) Anspruch auf Familienunterhalt beeinflusst (d.h. mindert). Eine solche Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse durch den Elternunterhalt konnte man bejahen, wenn bereits Unterhaltszahlungen an die Eltern geflossen waren oder deren Bedürftigkeit als „latente Unterhaltslast“ absehbar war. Je höher die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen war, später für den Unterhalt der Eltern (mit-) aufkommen zu müssen, um so eher sollte dem künftigen Elternunterhalt eine bereits die ehelichen Lebensverhältnisse prägende Wirkung beigemessen werden.³⁰

Wurde ein solche eheprägende Wirkung des Elternunterhalts bejaht, wurde zunächst – wenn auch nur für die Bestimmung des dem Ehegatten geschuldeten Familienunterhalts – der vom Kind „an sich“ geschuldete Elternunterhalt in vollem Umfang vom Einkommen des Kindes vorweg abgezogen. Auf der Grundlage des verbleibenden Einkommens des Kindes wurde sodann der Anspruch auf Familienunter-

27 BGH, FamRZ 2006, 1511, 1514.

28 BGH, FamRZ 2003, 1180 ff.

29 BGH, FamRZ 2003, 860.

30 BGH, FamRZ 2004, 186, 188.

halt des Ehegatten des Kindes ermittelt und der sich dabei ergebende Unterhaltsbetrag vom Nettoeinkommen des Kindes abgesetzt. Anhand des erst so endgültig bestimmten bereinigten Nettoeinkommens des Kindes konnte nunmehr der Elternunterhalt abschließend berechnet werden. Diese Vorgehensweise wahrte dogmatisch den Vorrang des Familienunterhalts vor dem Elternunterhalt. Gleichwohl führte sie – als Folge der normativen Anknüpfung des Familienunterhalts an die ehelichen Lebensverhältnisse – im Ergebnis zu einer Verkürzung des an sich vorrangigen Familienunterhalts und damit einhergehend zu einer Erhöhung des an sich nachrangigen Elternunterhalts. Eine Einschränkung ließ der BGH nur zu, wenn „die sich aus einem entsprechenden Vorwegabzug ergebende Verteilung der zum Unterhalt zur Verfügung stehenden Mittel zu einem Missverhältnis des wechselseitigen Bedarfs der Beteiligten“ führte (sog. Angemessenheitskontrolle)³¹.

Bsp. nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung: Der Ehemann verdient 3.500 €. Die Ehefrau ist Hausfrau. Der Unterhaltsanspruch der Eltern des Mannes beträgt eigentlich 500 €. Diese sind vorab von dessen Einkommen abzusetzen. Ihm verbleiben 3.000 €, Hieraus errechnet sich der Anspruch der Ehefrau auf Familienunterhalt mit 3/7 von 3.000 € - mithin grob 1.300 €. Dieser (verkürzte) Anspruch der Ehefrau auf Familienunterhalt ist vom Nettoeinkommen des Mannes abzuziehen. Sein bereinigtes Nettoeinkommen beträgt mithin 3.500 € - 1.300 € Ehegattenunterhalt = 2.200 €, das für den Elternunterhalt zur Verfügung steht – dies aber nur insoweit, als dem Kind der Selbstbehalt (vgl. dazu unten D.) verbleiben muss.

Die dargestellte Judikatur war sicher nicht unproblematisch und ist vielfach kritisiert worden³². Denn sie lässt die Frage offen, in welchem Zeitpunkt der Elternunterhalt die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben soll. Die lange zurückliegende Eheschließung kann es nicht sein; andere überzeugende Anknüpfungspunkte lassen sich in der intakten Ehe nicht finden. Nicht minder kryptisch ist der Begriff der „latenten Unterhaltslast“. Denn die meisten erwachsenen Kinder sind mit der Möglichkeit konfrontiert, dass ihre Eltern, so sie noch leben, später zum „kostenintensiven“ Pflegefall werden. Die Unterscheidung zwischen Eheprägendem und nicht Eheprägendem Elternunterhalt sowie die Berücksichtigung einer „latenten“ Unterhaltslast wurde deshalb häufig für wenig praktikabel gehalten; mitunter wurde auch deshalb bei der Bemessung des Familienunterhalts von einem Vorwegabzug des Elternunterhalts generell abgesehen.

Allerdings hat der BGH die „prägende Kraft der ehelichen Lebensverhältnisse“ beim Ehegattenunterhalt inzwischen aufgegeben³³. Mit dem neuen Begriff der stets „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ wird die Höhe des Ehegattenunterhalts nicht mehr auf das Ende der Ehezeit fixiert; vielmehr werden die Einkommensminderungen beim Pflichtigen im Unterhalt des Berechtigten grundsätzlich nachvollzo-

31 BGH, FamRZ 2003, 860 m. Anm. *Klinkhammer* a.a.O. 866.

32 *Scholz*, Zum Verhältnis von Eltern- und Familienunterhalt, FamRZ 2004, 1829; *Ehinger*, Die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes beim Elternunterhalt, FPR 2003, 623, 626; *Strohal*, FamRZ 2004, 441, 443; *Klinkhammer*, Elternunterhalt und Familienunterhalt in der Rechtsprechung des BGH, FPR 2004, 555, 556; *ders.*, FamRZ 2003, 866, 867.

33 Vgl. etwa BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rn. 22 ff. mwN und einer zusammenfassenden und ergänzenden Begründung der Rechtsprechung.

gen. Das bedeutet: Verbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen sind nicht nur dann einkommensmindernd zu berücksichtigen, wenn sie während des Zusammenlebens entstanden sind, sondern auch dann, wenn dies nach der Trennung oder Scheidung der Fall war – vorausgesetzt, dass sie unumgänglich sind bzw. nicht leichtfertig begründet wurden³⁴; auf einen Bezug solcher nachehelich entstandenen Verbindlichkeiten zur früheren Ehe kommt es grundsätzlich nicht mehr an.³⁵

Versteht man aber die den Eltern gegenüber bestehende Unterhaltspflicht, die diese Voraussetzungen zwangsläufig erfüllt, als Ausdruck der sich wandelnden ehelichen Lebensverhältnisse, so müsste folgerichtig bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts des Kindes der von diesem zu zahlende Elternunterhalt stets vorweg von dessen Einkünften abzuziehen sein. Damit tritt freilich der Vorrang des Familienunterhalts vor dem Elternunterhalt vollends ins zweite Glied: Nach Auffassung des BGH ist dieser Vorrang grundsätzlich nur für den Mangelfall bedeutsam. Beim Elternunterhalt wird er nur insoweit relevant, als der Vorwegabzug des Elternunterhalts nicht zu einem Missverhältnis zwischen Eltern- und Ehegattenunterhalt führen darf.³⁶ In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur hat man versucht, die sich abzeichnenden praktischen Schwierigkeiten durch die Bildung eines Familienselbstbehalts (Summe der Selbstbehalte der Ehegatten) unter Berücksichtigung der mit Zusammenwohnen der Ehegatten verbundenen Haushaltsersparnis zu überbrücken. Der BGH ist diesem Ansatz in seiner neuesten Rechtsprechung gefolgt (vgl. näher zum Selbstbehalt unten D.).³⁷

3. Einsatz von Vermögen des Kindes

Ein weiterer Aspekt der Leistungsfähigkeit ist die Vermögensverwertung. Grundsätzlich hat das Kind zur Erfüllung des Elternunterhalts auch sein Vermögen einzusetzen. Es gelten insoweit die für den Verwandtenunterhalt allgemein geltenden Prinzipien. Besonderheiten ergeben hier bei der Altersvorsorge: Wenn das Kind bei der Ermittlung seines anrechenbaren Einkommens Vorsorgeaufwendungen in Abzug bringen darf und ihm dabei die Art der Altersvorsorge freigestellt ist, dann müssen

34 BGH, FamRZ 2008, 968, 972.

35 Die Rechtsprechung zu den (auch nachehelich und ohne Bezug zur früheren Ehe) „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen“ ist auf Kritik gestoßen, die u.a. einen Verstoß gegen die Vorgaben des § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB rügt und z.T. die Frage nach der Gewaltenteilung stellt; vgl. etwa *Born*, Der Bedarf in der aktuellen Rechtsprechung - Das Ende eines unterhaltsrechtlichen Grundbegriffs?, NJW 2008, 3089; *Graba*, Auf dem Weg zu einem Ehegattenunterhaltsrecht nach Billigkeit, FamRZ 2008, 1217, 1222; *Maurer*, Zum Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen, FamRZ 2008, 1985; *Norpoth*, FamRZ 2009, 26. Zu dieser Kritik eingehend BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rn. 22 ff. Die zitierte Rechtsprechung ist mittelbar Gegenstand einer – offenbar demnächst anstehenden – verfassungsgerichtlichen Überprüfung. [red. Anm.: Siehe jetzt BVerfG, FamRZ 2011, 437].

36 BGH, FamRZ 2003, 860, 865.

37 BGH, 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535.

dem Kind die zurückgelegten Beträge auch als Schonvermögen verbleiben. Dabei stehen für den Elternunterhalt die Vermögensbeträge nicht zur Verfügung, die sich ergeben, wenn man die vom BGH aufgestellten Vorsorgesätze zugrunde legt und diese auf das aktuelle Bruttoeinkommen bezieht.³⁸ Dieses Bruttoeinkommen wird – aus Vereinfachungsgründen – auch für die bereits zurückgelegte Lebensarbeitszeit unterstellt. Die hieraus berechneten monatlichen Rücklagen (5% des sozialversicherungspflichtigen Einkommens) werden auf die zurückgelegte Lebensarbeitszeit hochgerechnet und mit 4% aufgezinst.³⁹

Bsp.: Das Kind ist 55 Jahre alt und abhängig beschäftigt. Es verfügt über Bruttoeinkünfte in Höhe von 5.000 € mtl. Ab dem 18. Lebensjahr ergibt dies: 5% Rücklage = monatlich 250 € x einem auf der Grundlage von 37 Berufsjahren und 4 % errechneten Aufzinsungsfaktor von 1.014,64411868 = 253.661,03 €

Allgemein findet die Pflicht des Kindes, Vermögen für den Elternunterhalt einzusetzen, dort ihre Grenze, wo das Kind dem Unterhaltsverlangen der Eltern auch Kreditlasten unterhaltsrechtlich entgegenhalten kann. So kann das Kind etwa die angemessene Anschaffung eines PKW finanzieren und die damit verbundenen Zins- und Tilgungsleistungen von seinem Einkommen – unterhaltsmindernd – abziehen. Hat das Kind aber – wirtschaftlich vernünftig – für die vorhersehbar nötige Anschaffung des PKW Rücklagen gebildet, so können ihm diese Rücklagen nicht über den Elternunterhalt genommen werden.

Schließlich muss auch dem unterhaltspflichtigen Kind ein sog. Notgroschen für unvorhersehbaren Sonderbedarf verbleiben. Das hat der BGH zwar nicht ausdrücklich entschieden, folgt aber aus der Gleichbehandlung mit den unterhaltsberechtigten Eltern. Diese müssen sich nach BGH einen solchen Notgroschen nicht bedarfsdeckend anrechnen lassen (vgl. oben B.). Allerdings wird sich auch der Notgroschen des Kindes – anders als der der bedürftigen Eltern – nach seiner Lebensstellung bestimmen und nicht mit einem sozialhilferechtlichen Festbetrag zu veranschlagen sein.⁴⁰

D. Selbstbehalt

I. Zum Selbstbehalt allgemein

Die Leistungsfähigkeit des Kindes wird entscheidend durch seinen Selbstbehalt bestimmt. Auch hier kommt der Grundsatz zum Tragen, dass dem Kind nicht zugemutet werden darf, wegen des Elternunterhalts eine dauerhafte Einschränkung seines

38 BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511 Rn. 28 ff.

39 Vgl. BGHZ 169, 59 = FamRZ 2006, 1511 Rn. 42 ff. und *Hauß* (Fn. 2) Rn. 418 ff.

40 Vgl. *Hauß* (Fn. 2) Rn. 455 ff.: „Notbedarfsvermögen“.

bisherigen Lebensstandards hinzunehmen. Der BGH billigt deshalb dem Kind einen „angemessenen“ Selbstbehalt zu. Dieser bestimmt sich individuell nach der Lebensstellung des Kindes. Dennoch ermöglicht der BGH eine vereinfachte Ermittlung: Der Selbstbehalt geht vom Mindestselbstbehalt der Unterhaltstabellen aus. Dieser Betrag wird durch einen Zuschlag erhöht. Der Zuschlag beträgt in der Regel die hälftige Differenz zwischen dem bereinigten Nettoeinkommen und dem Mindestselbstbehalt.

Bsp: Das Einkommen des ledigen Kindes beträgt 3.000 €; Der Mindestselbstbehalt nach DT beträgt 1.400,-- €. Der SB beträgt folglich $1.400 \text{ €} + \frac{1}{2} \text{ von } (3.000 - 1.400 =) 1.600 \text{ €}$, insgesamt mithin 2.200 €. Für den Elternunterhalt stehen $(3.000 - 2.200 =) 800 \text{ €}$ zur Verfügung.

Der Selbstbehalt deckt den gesamten Bedarf des täglichen Lebens ab. Hierzu gehören nicht nur Nahrung, Kleidung, Körperpflege, Urlaub, Gesundheit, Kultur und Freizeit, sondern auch die für den täglichen Bedarf anfallenden Fixkosten wie etwa Miete oder Versicherungsprämien. Das bedeutet, dass die Aufwendungen des täglichen Lebens mit dem Selbstbehalt abgegolten sind. Sie können deshalb nicht nochmals gesondert bei der Ermittlung des bereinigten Einkommens als Verpflichtung in Abzug gebracht werden.

Die Verwendung des Selbstbezahls unterliegt allein der Disposition des Kindes. Eine sparsame Lebensführung kann deshalb nicht zu einer Herabsetzung des Selbstbezahls und damit zu einer Erhöhung des Unterhalts führen.

Bsp: Die Wohnkosten des Kindes werden im Selbstbehalt nach der Düsseldorfer Tabelle mit 450 € berücksichtigt. Hat das Kind nur Wohnkosten in Höhe von 350 €, so beträgt der Selbstbehalt dennoch 1.400 €. Die ersparten 100 € Wohnkosten kommen dem Kind und nicht seinen Eltern zugute.

II. Zum Selbstbehalt des verheirateten Kindes

Ist das unterhaltspflichtige Kind verheiratet, so kann die Bestimmung des ihm konkret zustehenden Selbstbezahls nicht losgelöst von den Einkünften seines Ehegatten bestimmt werden: Zum einen können die Einkünfte des unterhaltspflichtigen Kindes zur Deckung des angemessenen Bedarfs seines Ehegatten benötigt werden. Zum anderen kann der Selbstbehalt des Kindes bereits durch die wesentlich besseren Einkünfte seines Ehegatten gedeckt sein.

a) In der Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung hat man versucht, diese Abhängigkeiten zwischen der wirtschaftlichen Situation des Kindes und der seines Ehegatten dadurch zu lösen, dass der konkrete Selbstbehalt des Kindes gegenüber dem Elternunterhalt auf der Grundlage eines Familieneinkommens und eines Familienselbstbezahls ermittelt wird. Der Familienselbstbehalt ist die Summe der Selbstbehalte der Ehegatten (nach der Düsseldorfer Tabelle 2010 für das zum Elternunterhalt verpflichtete Kind 1.400 €, für den Ehegatten 1.050 €). Besondere Schwierigkeiten bereitet dabei die angemessene Berücksichtigung der Ersparnis, die sich aus dem gemeinsamen Wohnen und Wirtschaften ergibt. Diese Haushaltersparnis findet bereits in den unterschiedlich hohen Selbstbehalten der Ehegatten Nie-

derschlag, muss aber auch für den den Selbstbehalt übersteigenden Teil des Familieneinkommens in Ansatz gebracht werden; dabei ist zu berücksichtigen, dass die Haushaltsersparnis mit steigendem Einkommen (= Lebensstandard) ebenfalls steigt und sich dann in einer höheren Leistungsfähigkeit niederschlägt. Auf die Bemühungen der Oberlandesgerichte, diese Schwierigkeiten rechnerisch zu bewältigen, sei hier nicht im Einzelnen eingegangen.⁴¹ Stattdessen soll hier kurz die Berechnungsmethode vorgestellt werden, die der BGH in seiner neuesten Rechtsprechung (unter Berücksichtigung der stets wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse, vgl. dazu oben C. II. 2.) „in der Regel für angemessen und sachgerecht“ erachtet.⁴²

Bsp. nach BGH: Das seinen Eltern unterhaltspflichtige Kind erzielt ein Einkommen von 3.000 €, sein Ehegatte von 1.000 €.

Das Familieneinkommen beträgt danach $(3.000 € + 1.000 € =) 4.000 €$. Unter Abzug des Familienselbstbehalts von $(1.400 € + 1.050 € =) 2.450 €$ ergibt sich ein überschüssendes Familieneinkommen von 1.550 €, von dem für die – auch diesen Überschuss erfassende – Haushaltsersparnis von $10\% = 155 €$ abgezogen werden. Das nach Abzug von Familienselbstbehalt und zusätzlicher Haushaltsersparnis verbleibende Einkommen von (hier: $4.000 € - 2.450 € - 155 € =) 1.395 €$ steht nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. oben D. I.) – über den Tabellenselbstbehalt hinaus – hälftig, mithin in Höhe von $(1.395 € : 2 =) 697,50 €$, für den individuellen Familienbedarf zur Verfügung. Der aus der Tabelle gewonnene Familienselbstbehalt wird gleichsam aufgestockt und beträgt – vom BGH „individueller Familienselbstbehalt“ genannt – hier $(2.450 € + 697,50 € =) 3.147,50 €$. Von diesem individuellen Familienselbstbehalt steht dem unterhaltspflichtigen Kind ein seinem Anteil am Familieneinkommen entsprechende Quote, hier also $(75\% \text{ von } 3.147,50 € =) 2.360,63 €$ als (Ehegatten-) Selbstbehalt zu. Als für den von ihm geschuldeten Elternunterhalt einsetzbar verbleiben mithin $(3.000 € - 2.360,63 € =) 639,37 €$.

Ausgehend von der Prämisse, dass der Nachrang des Elternunterhalts nicht schlechthin einen Vorwegabzug des vorrangigen Familienunterhalts verlangt (vgl. oben C. 2.), ist diese Herleitung folgerichtig. Auch besteht die berechtigte Hoffnung, dass wohlfeile Computerprogramme dem Amtsrichter den intellektuellen Nachvollzug des höchstrichterlichen Rechenwerks im Einzelfall ersparen.

b) Für den umgekehrten Fall, in dem das Elternunterhalt schuldende Kind mit einem besser verdienenden Ehegatten verheiratet ist, hat der BGH in seiner früheren Rechtsprechung eine individuelle Bedarfsermittlung in den Vordergrund gestellt.⁴³ Auch den nunmehr beschrittenen Rechenweg (vgl. soeben unter a)) will der BGH nur für Fälle eröffnen, in denen das zum Elternunterhalt verpflichtete Kind über höhere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt.⁴⁴ Offenbar soll dem Kind der eigene, seinen

41 Vgl. dazu ausführlich und mit Rechenbeispielen *Eschenbruch/Klinkhammer* (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 80 ff.

42 BGH, 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 Rn. 32 ff., insbes. 41 ff.

43 BGH, FamRZ 2004, 443, 445.

44 BGH, 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 Rn. 39.

Anteil am „individuellen Familienselbstbehalt“ übersteigende Selbstbehalt erhalten bleiben.

Bsp. wie zuvor, aber mit umgekehrter Rollenverteilung: Das seinen Eltern unterhaltspflichtige Kind erzielt ein Einkommen von 1.000 €, sein Ehegatte von 3.000 €.

Auf dem unter a) aufgezeigten Rechenweg ergäbe sich als Lösung: Der aus der Tabelle gewonnene Familienselbstbehalt wird auch hier gleichsam aufgestockt und beträgt – als „individueller Familienselbstbehalt“ – hier 3.147,50 €. Von diesem individuellen Familienselbstbehalt steht dem unterhaltspflichtigen Kind ein Anteil am Familieneinkommen entsprechende Quote, hier also (25% von 3.147,50 € =) 786,88 € als (Ehegatten-) Selbstbehalt zu. Als für den von ihm geschuldeten Elternunterhalt einsetzbar verbleiben mithin (1.000 € - 786,88 € =) 213,12 €. Dem Kind verbleiben 786,88 €, mithin weniger als der Tabellenselbstbehalt.

Gegen die im Beispiel errechnete Lösung spricht, dass sie zu einer wirtschaftlichen In-die-Pflicht-Nahme des Ehegatten des Kindes für seine Schwiegereltern führt; von ihm wird erwartet, dass er die um den Elternunterhalt verminderten Einkünfte des Kindes aufstockt. Zwingend ist dieses Bedenken indes nicht: Begegnet die Rechtsprechung den Vorbehalten gegen eine „gefühlte Mithaftung“ des Schwiegerkindes doch auch dort nur mit begrenztem Verständnis, wo sie das dem Kind von seinem allein- oder besserverdienenden Ehegatten geschuldete Taschengeld als für den vom Kind geschuldeten Elternunterhalt verfügbares Kindeseinkommen freigibt (vgl. oben C. I.). Auch eine „rechtsethische Legitimation“ ist für eine solche mittelbare Schwiegerkind-Haftung schnell zur Hand: Wird, wie die gängige Zugewinddoktrin pauschalierend behauptet, das Familieneinkommen von den Ehegatten über ihr arbeitsteiliges Zusammenwirken in Haushalt und Beruf gemeinsam – und das heißt hälftig – erwirtschaftet, so ist es jedenfalls nicht fernliegend, dem besser verdienenden Ehegatten das Mittragen der dem weniger verdienenden Ehegatten obliegenden Unterhaltslast aufzubürden.

E. Anteilige Haftung von Geschwistern

Noch ein Wort zur Haftung von Geschwistern: Sie haften für den Unterhalt ihrer Eltern nach der allgemeinen Vorschrift in § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB im Verhältnis ihrer Einkommen zueinander anteilig, nach der Formel

$$\text{Haftungsquote} = \text{Unterhaltsbedarf} \times \frac{\text{Leistungsfähigkeit des Haftungsgenossen}}{\text{Leistungsfähigkeit aller Haftungsgenossen}}$$

Das klingt einfach, wird aber dadurch erschwert, dass für die verschiedenen Geschwister jeweils individuelle Selbstbehalte gelten. Diese richten sich nach ihrer jeweiligen Lebensstellung. Grundsätzlich haftet jedes Geschwister für die auf ihn entfallende Quote des Elternunterhalts nur bis zur Grenze des individuellen Selbst-

behalts.⁴⁵ Ergibt sich aus dieser Begrenzung bei einem oder mehreren Geschwistern eine Deckungslücke, so ist der Fehlbetrag auf die verbleibenden Geschwister umzulegen – und zwar auch hier wieder nach Maßgabe der jeweiligen Einkommen und bis zur Grenze der jeweiligen individuellen Selbstbehalte.

Für die Ermittlung der individuellen Selbstbehalte kann es für ein auf Elternunterhalt in Anspruch genommenes Kind wichtig sein, Auskunft über die Einkommen der Ehegatten seiner Geschwister zu erhalten. Die Geschwister selbst schulden gemäß § 242 BGB Auskunft hinsichtlich ihrer eigenen Einkünfte, aber auch Angaben über die Einkünfte ihrer Ehegatten, soweit diese Angaben erforderlich sind, um den Anteil der Geschwister am Familienunterhalt bestimmen zu können. Ein unmittelbar gegen die Ehegatten der Geschwister gerichteter Auskunftsanspruch steht dem auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Kind jedoch nicht zu.⁴⁶

F. Verwirkung

Schlussendlich zur Verwirkung. Drei Aspekte sind zu unterscheiden:

a) Die Verwirkung rückständigen Elternunterhalts wegen Zeitablaufs (§ 242 BGB) bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, wobei im Unterhaltsrecht generell an das Zeit- wie an das Umstandsmoment regelmäßig keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁴⁷

b) Nach der eng auszulegenden Ausnahmenvorschrift⁴⁸ des § 1611 BGB ist ein Unterhaltsanspruch u.a. dann teilweise oder – bei grober Unbilligkeit – auch gänzlich verwirkt, wenn der Unterhaltsberechtigte seine eigene Unterhaltungspflicht gegenüber dem Unterhaltspflichtigen gröblich vernachlässigt oder sich vorsätzlich einer schweren Verfehlung gegen diesen schuldig gemacht hat. Ein fehlender Kontakt des Elternteils zum Kind reicht mithin – für sich genommen – nicht aus, um den Anspruch eines Elternteils gegenüber dem Kind als verwirkt anzusehen; dies auch dann nicht, wenn der Kontaktmangel von dem unterhaltsbedürftigen Elternteil verschuldet ist.

Die von § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB geforderte Verletzung der Unterhaltungspflicht betrifft nicht nur den Barunterhalt, sondern auch den Naturalunterhalt, insbesondere also auch die Betreuung des Kindes. Der Elternteil kann sich bei der Erfüllung dieser Pflicht zwar der Hilfe Dritter bedienen; die Verantwortung für das Kind

45 BGH, FamRZ 2004, 186, 189; zum Ganzen *Hauß* (Fn. 2), Rn. 486 ff.; *Eschenbruch/Klinkhammer* (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 123 ff.

46 BGH, FamRZ 2003, 1836, 1838; vgl. auch *Eschenbruch/Klinkhammer* (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 125 f.

47 Zum Elternunterhalt: BGH, FamRZ 2002, 1698 f.; nunmehr auch BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1889.

48 BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1890.

in vollem Umfang auf Dritte delegieren darf er jedoch nicht.⁴⁹ Ob eine „gröbliche“ Vernachlässigung der Unterhaltspflicht Verschulden voraussetzt, hat der BGH dahinstehen lassen, da im konkreten Fall die Mutter krankheitsbedingt zur angemessenen Betreuung des später auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Kindes nicht in der Lage und damit auch zum Naturalunterhalt – mangels „Leistungsfähigkeit“ – nicht verpflichtet war.⁵⁰

Die in § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB normierte schwere und vorsätzliche Verfehlung verlangt regelmäßig eine tiefgreifende Beeinträchtigung schutzwürdiger wirtschaftlicher oder persönlicher Belange des Unterhaltspflichtigen. Eine solche Verfehlung kann auch in der Verletzung elterlicher Pflichten durch Unterlassen liegen – und zwar hier nicht nur in der schon in Alt. 2 besonders geregelten Vernachlässigung der Unterhaltspflicht, sondern etwa auch in einer dauernden groben Vernachlässigung und Verletzung der Aufsichtspflicht oder der Pflicht zu Beistand und Rücksichtnahme.⁵¹

c) Nach § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII ist der Übergang des Unterhaltsanspruchs eines Sozialhilfeberechtigten auf den Träger der Sozialhilfe ausgeschlossen, soweit dieser Übergang eine unbillige Härte bedeuten würde. Der BGH hat diese Regelung von § 1611 BGB in zweifacher Hinsicht abgegrenzt:

Zum einen kommt, soweit § 1611 BGB eingreift, der Ausschluss des Anspruchsübergangs nach § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII schon deshalb nicht zum Tragen, weil es bereits an einem Anspruch des Unterhaltsberechtigten fehlt, der auf den Sozialhilfeträger übergehen könnte.

Zum andern ist der Begriff der groben Unbilligkeit (im Sinne des § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB) anhand der zivilrechtlichen Bezüge des zu beurteilenden Familienverhältnisses zu konkretisieren. Die unbillige Härte (im Sinne des § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII) muss sich dagegen aus der Sicht des Sozialhilferechts, mithin aus einem Lebenssachverhalt ergeben, der auch soziale Belange erfasst, die einen Anspruchsübergang nach öffentlich-rechtlichen Kriterien ausschließen. Das soll insbesondere dann zu bejahen sein, wenn ein erkennbarer Bezug zum Sozialhilferecht, insbesondere ein kausaler Zusammenhang mit dem Handeln des Staates oder seiner Organe, vorliegt. Diese Voraussetzung sieht der BGH in einem Fall als gegeben an, in dem der unterhaltsberechtigte Vater durch den – der Sphäre des Staates zuzurechnenden – Kriegsdienst psychisch erkrankt ist, deshalb nach Kriegsende für 50 Jahre in einer psychiatrischen Klinik untergebracht war und deshalb krankheitsbedingt zu der unter normalen Umständen zu erwartenden väterlichen Zuwendung und Fürsorge gegenüber dem Kind nicht in der Lage war.⁵² Gleiches soll insbesondere gelten, wenn der öffentlich-rechtliche Grundsatz der familiengerechten Hilfe,

49 BGH, FamRZ 2004, 1559, 1569, offen lassend, ob bei einer vollständigen Delegation auf Dritte – hier auf Großeltern – eine „gröbliche“ Vernachlässigung der Unterhaltspflicht vorliegt.

50 BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1890.

51 BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1890.

52 BGH, FamRZ 2004, 1097; zur Abgrenzung vgl. BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1891.

nach der u.a. auf die Belange und Beziehungen in der Familie Rücksicht zu nehmen ist (vgl. § 16 SGB XII), einer Heranziehung entgegensteht; ferner, wenn die laufende Heranziehung zu einer nachhaltigen und unzumutbaren Beeinträchtigung des Unterhaltspflichtigen und der übrigen Familienmitglieder führen würde, wenn die Zielsetzung der Hilfe infolge des Anspruchsübergangs gefährdet erscheint oder wenn der Unterhaltspflichtige den Sozialhilfeempfänger bereits vor Eintritt der Sozialhilfe über das Maß einer zumutbaren Unterhaltsverpflichtung hinaus betreut oder gepflegt hat.⁵³

53 BGH, 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888, 1891.

**Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Eltern-
unterhalts**

Richter Dr. Andy Ruzik, LL.M.oec., Aachen

Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M., Universität Zürich

Kapitel 1 Einleitung*

A. Elternunterhalt als Frage von Gesetz und Moral

„Gewährt einer seinen Eltern nicht den nötigen Unterhalt, soll er für ehrlos erklärt werden.“ In diesen Worten, die dem attischen Staatsmann und Gesetzgeber Solon¹ zugeschrieben werden, kommt die Überzeugung zum Ausdruck, dass die Sorge für die Eltern eine moralische Pflicht² der Kinder ist, deren Verletzung (drastische) Konsequenzen haben muss. Zwar ist die Moral nicht das Thema des vorliegenden Beitrages, sondern das Recht und der daraus resultierende Anspruch von Eltern, von ihren Kindern im Bedarfsfall unterstützt zu werden. Heute werden Kinder eben nicht mehr „bei der Ehre gepackt“, sondern – jedenfalls in Deutschland – bei den §§ 1601 ff. BGB, obgleich auch für diese Regelungen Topoi wie „Einheit des Blutes“, „Bande der Familie“ und „Pietät“ Modell gestanden haben.³ Auch haben sich inzwischen die Verhältnisse geändert; die Kinder sind dank der sozialstaatlichen Errungenschaften nicht mehr die – im wahrsten Sinne des Wortes – einzige „Lebensversicherung“ für Eltern, die nicht mehr selbst für ihren Lebensunterhalt sorgen können.⁴ Dennoch ist der Blick auf Solon aufschlussreich: Er macht deutlich, dass der Elternunterhalt ein internationales Thema ist, das schon die alten Griechen bewegt hat.

B. Problemstellung: Internationalität durch Mobilität

Internationalität ist auch das Stichwort beim Blick auf „kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts“. Die grenzüberschreitenden Sachverhalte, die einer solchen Betrachtung ihre praktische Relevanz verleihen,

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand von Juli 2010.

1 Wohl 640–560 v. Chr.

2 Zur früher rein sittlichen Begründung der innerfamiliären Unterstützung *Koch*, Unterhaltspflichten in rechtshistorischer Sicht, in: Schwab/Henrich, Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, 1997, S. 9 f.; *Koller*, Die Verwandtenunterstützungspflicht im schweizerischen Recht oder: Der „verlorene Sohn“ im Spannungsfeld zwischen Fiskalinteresse und Privatinteresse, FamPra.ch 2007, 769, 770.

3 Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Band IV, Berlin, Leipzig 1888, S. 677, 690; *Brudermüller*, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: FS Henrich, 2000, S. 31, 32.

4 *Schwab*, Familienrecht, 17. Aufl. 2009, Rn. 8, spricht von der Entlastung der Familie durch den Ausbau der sozialstaatlichen Sicherungen; ebenso *Eichendorfer*, Europarechtliche Anforderungen an Familienleistungen, in: FS Schwab, 2005, S. 1115.

liegen auf der Hand: Allein im Jahre 2007 haben ca. 636.000 Menschen Deutschland verlassen, darunter etwa 161.200 Deutsche; 574.800 Ausländer sind in diesem Zeitraum nach Deutschland gekommen.⁵ Insgesamt lebten im Jahre 2009 etwa 6.694.000 Menschen ausländischer Herkunft in Deutschland⁶; belastbare Zahlen über die im Ausland lebenden Deutschen sind dagegen kaum erhältlich. Die Evangelische Kirche in Deutschland meldet für Ende November 2007 eine Zahl von etwa sechs Millionen.⁷ Das beliebteste Auswanderungsland für Deutsche ist zurzeit die Schweiz.⁸ Vor allem für diejenigen „Migranten“, die es in die Eidgenossenschaft zieht, ändert sich meist schlagartig auch die „Leistungsfähigkeit“ im unterhaltsrechtlichen Sinne.

Es sind vor allem solche Sachverhalte, die vorliegend von Interesse sind: In aller Regel wandern die jüngeren Menschen ins Ausland, während ihre Eltern daheim bleiben. Im Hinblick auf den Elternunterhalt leben also in Deutschland zunächst potentielle deutsche Unterhaltsgläubiger und ausländische Unterhaltsschuldner. Natürlich gibt es aber auch Fälle von „Elternmigration“, die mit Blick auf unterhaltsrechtliche Fragestellungen relevant sind. Man denke etwa an frühere Einwanderer, die es nach dem Berufsleben und der Kindererziehung wieder in die alte Heimat zieht und die potentiell unterhaltspflichtige Kinder in Deutschland zurücklassen.

Welches Recht in solchen grenzüberschreitenden Konstellationen überhaupt Geltung findet, offenbart zunächst ein Blick auf das Internationale Privatrecht für Unterhaltspflichten. Es wird sich zeigen, dass sich die Unterhaltspflichten von hier lebenden Kinder für ihre im Ausland ansässigen Eltern regelmäßig nach dem ausländischen Sachrecht richten; daher soll sich ein Rechtsvergleich anschließen, der insbesondere die rechtlich wie faktisch sehr interessante Situation in der Schweiz zum Gegenstand hat. Und schließlich darf nicht vergessen werden, dass Unterhalt nicht immer freiwillig geleistet wird; insofern wird die Frage nach der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen die Thematik abrunden, wobei sich der Fokus hier auf die neueste unterhaltsrechtliche Verordnung der EU richtet.

5 Quelle: Statistisches Bundesamt, Wanderungen zwischen Deutschland und dem Ausland 2003–2007, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Bevoelkerung/Wanderungen/Tabellen/Content75/WanderungenInsgesamt,templateId=renderPrint.psml> (diese und alle folgenden Internetquellen abgerufen am 15.12.2010).

6 Quelle: Statistisches Bundesamt, Migration und Integration 2006–2008, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendischeBevoelkerung/AuslaendischeBevoelkerung.psml>.

7 http://www.ekd.de/aktuell_presse/news_2007_11_09_2_schindehueette_auslandsgemeinden.html.

8 http://www.welt.de/politik/article2012399/Auswandern_liegt_im_Trend_Zuwandern_auch.html.

Kapitel 2 Rechtsquellen des Internationalen Unterhaltsrechts

A. Überblick

Im Internationalen Unterhaltsrecht ist es – jedenfalls *prima vista* – nicht erst die jeweiligen Regelungsgehalte, die Verwirrung stiften können, sondern bereits die Vielzahl der Rechtsquellen überhaupt. Der Begriff des „Dschungels“ liegt nahe und ist in diesem Kontext auch schon aufgegriffen worden.⁹ Der Betrachter sieht sich aus deutscher Sicht mit diversen europäischen Regelungen, mit verschiedenen völkerrechtlichen Vereinbarungen und natürlich mit dem autonomen Recht konfrontiert. Zudem wird nicht selten danach differenziert, ob es um Fragen der Rechtsdurchsetzung oder um die Bestimmung des anwendbaren Rechts geht. Deshalb soll zunächst – um im Bild zu bleiben – ein wenig „Licht ins Unterholz“ gebracht werden.

Dabei können zwei Übereinkommen zum Internationalen Unterhaltsrecht von vornherein außer Betracht bleiben. Denn das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24.10.1956¹⁰ und das ergänzende Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15.4.1958¹¹ sind schon dem Namen nach im vorliegenden Kontext nicht von Interesse. Darüber hinaus sind verschiedene Aspekte der Unterhaltsdurchsetzung in Europa durch die jüngste Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen¹² in einem Rechtsakt

9 *Kropholler/Blobel*, Unübersichtliche Gemengelagen im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge – Dargestellt am Beispiel des Internationalen Unterhaltsvollstreckungsrechts, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 453, 471; *Looschelders/Boos*, Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung, FamRZ 2006, 374; *Man-kowski*, Im Dschungel der für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Unterhaltsentscheidungen einschlägigen Abkommen und ihrer Ausführungsgesetze, IPRax 2000, 188 ff.; *Martiny*, Grenzüberschreitende Unterhaltsdurchsetzung nach europäischem und internationalem Recht – Verfahrenseinleitung und -durchführung, Anerkennung und Vollstreckung, FamRZ 2008, 1681, 1682; *Wagner*, Zur Vollstreckung deutscher dynamisierter Unterhaltstitel in Europa, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 727, 733.

10 BGBl. 1961 II, 1012.

11 BGBl. 1961 II, 1005.

12 ABl. Nr. L 7 vom 10.1.2009, S. 1, im Folgenden: EuUntVO. Sie tritt am 18.6.2011 in Kraft. Zur VO etwa *Gruber*, IPRax 2010, 128 ff. m.w.N.

konsolidiert worden, so dass etwa die EuGVVO¹³ oder die EuVTVO¹⁴ in diesem Kontext künftig an Bedeutung verlieren werden.

B. Die Haager Übereinkommen

Dennoch bleiben vor allem das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2.10.1973¹⁵ und das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom selben Tage¹⁶ aus deutscher Sicht vorerst relevant. Hier soll zwar durch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007¹⁷ und durch das Haager Übereinkommen über die Internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom selben Tage¹⁸ eine Neuorientierung stattfinden, weil diese Übereinkünfte zwischen den jeweiligen Vertragsstaaten und in ihrem Anwendungsbereich die bisher erwähnten Übereinkünfte ersetzen sollen (Art. 18 HUP 2007 bzw. Art. 48 HVÜ 2007). Jedoch ist der Ratifikationsprozess für beide Abkommen noch nicht sehr weit fortgeschritten; die Konvention zur Unterhaltsdurchsetzung haben bisher nur die USA und Burkina Faso gezeichnet, während das Protokoll über das anwendbare Recht überhaupt noch keine Reaktion hervorgerufen hat.

C. Weitere Rechtsquellen

Weiter ist das UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20.6.1956¹⁹ zu erwähnen, das aber ebenfalls durch das Abkommen von 2007 ersetzt werden soll (dort Art. 49). Nicht zu vergessen sind das inzwischen revidierte Luganer Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen²⁰ im Verhältnis vor allem zur Schweiz, und – etwas exotischer – das fortgeltende Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich

13 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1.

14 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. Nr. L 143 vom 30.4.2004, S. 15.

15 BGBl. 1986 II, 837, im Folgenden: HUÜ 1973.

16 BGBl. 1986 II, 825, im Folgenden: HVÜ 1973.

17 Im Folgenden: HUP 2007; dazu etwa Gruber, FS Spellenberg, 2010, 177 ff. m.w.N.

18 Im Folgenden: HVÜ 2007.

19 BGBl. 1959 II, 150.

20 ABl. EU Nr. L 147 vom 10.6.2009, S. 5, im Folgenden: LugÜ.

und dem Kaiserreich Persien vom 17.2.1929²¹. Entsprechend der Vorrangbestimmung des Art. 3 Nr. 2 EGBGB sei schließlich noch Art. 18 EGBGB erwähnt. Das Auslandsunterhaltsgesetz vom 19.12.1986²², das die Verfolgung gesetzlicher Unterhaltsansprüche in Staaten erleichtern soll, mit denen eine entsprechende Gegenseitigkeit verbürgt ist²³, rundet das Bild einer komplexen Rechtsquellenvielfalt ab.

21 RGL. 1930 II, 1006; 1931 II, 9; BGBl. 1955 II, 829.

22 BGBl. 1986 I, 2563.

23 Zurzeit handelt es sich um 48 Bundesstaaten der USA, 11 Provinzen bzw. Territorien Kanadas und um Südafrika; dazu und allgemein zum AUG *Wicke*, Der Gang des Verfahrens nach dem Auslandsunterhaltsgesetz, FPR 2006, 240 ff.; vgl. auch *Hohloch*, Vollstreckung deutscher Unterhaltstitel im Ausland, FPR 2006, 244, 251 f.

Kapitel 3 Das Kollisionsrecht des Elternunterhalts

Während dieser Überblick sowohl den Bereich des anzuwendenden Rechts als auch die Frage nach der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen betrifft, soll es im Folgenden speziell um das Kollisionsrecht gehen. Dabei werden die derzeit und künftig maßgeblichen Anknüpfungsregeln und auch die für die Tätigkeit des Notars wohl interessante Frage im Vordergrund stehen, ob im Hinblick auf den Elternunterhalt Rechtswahlvereinbarungen zulässig sind. Zunächst aber soll das Verhältnis der relevanten Rechtsquellen zueinander betrachtet werden.

A. Maßgebliche Rechtsquellen und ihr Verhältnis zueinander

I. Kollisionsrechtsvereinheitlichung und ihre Ziele

Kollisionsrechtliche Vorschriften zum Unterhalt im Allgemeinen sind im HUÜ 1973, im HUP 2007, in der EuUntVO und natürlich in Art. 18 EGBGB enthalten. Das Bestreben nach einer internationalen Vereinheitlichung der Anknüpfungsregeln ist unverkennbar; die Gründe hierfür liegen auf der Hand: Die Gewähr für einen internationalen Entscheidungseinklang in Unterhaltssachen bietet entweder die Vereinheitlichung des Sachrechts oder aber die Formulierung von gemeinsamen Kollisionsregeln, in deren Anwendung jedes zuständige Forum schließlich nach demselben materiellen Recht entscheidet. Ein einheitliches Sachrecht in Unterhaltsfragen erscheint jedoch auch aus heutiger Perspektive kaum erreichbar. Das gilt auch und insbesondere für den Elternunterhalt. Denn die Frage, ob Kinder ihren Eltern überhaupt unterhaltspflichtig sein sollten, wird international durchaus kontrovers beurteilt.²⁴ Zum anderen ist die Einstandspflicht der Jungen für die Älteren zumeist untrennbar mit sozialrechtlichen Implikationen verbunden, insbesondere mit den Regressmöglichkeiten des eintretenden Sozialstaates gegenüber den Nachkommen eines pflege- oder sonst unterstützungsbedürftigen Menschen.²⁵ Daher besteht die

24 Dazu instruktiv *Brudermüller*, in: FS Henrich, 2000, S. 31, 32 mit zahlreichen Nachweisen; einen kursorischen rechtsvergleichenden Überblick bietet *Hauß*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien, 3. Aufl. 2010, Rn. 742 ff.; *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht, NJW 2002, 2201, 2202.

25 Vgl. etwa *Boecken/Klatten*, Der Elternunterhalt bei Pflegebedürftigkeit zwischen sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Einstandspflicht, JZ 2006, 285, 286 f.; *Dernedde*, Regressforderungen des Sozialhilfeträgers bei Elternunterhalt, JURA 2009, 839 ff.; *Lipp*, NJW 2002, 2204; *Martiny*, FamRZ 2008, 1681.

wohl einzige Möglichkeit, ein und denselben grenzüberschreitenden Fall in verschiedenen betroffenen Staaten mit demselben Ergebnis zu entscheiden, in der Angleichung der Kollisionsnormen und damit in der Anwendung desselben materiellen Rechts. Darüber hinaus macht es die Vereinheitlichung des maßgeblichen Internationalen Privatrechts auch vorhersehbar, welches Sachrecht auf den jeweiligen Fall anzuwenden sein wird.²⁶

II. Für den Elternunterhalt relevante Regularien

Diese „sensible“ Ausgangslage führt dazu, dass auch die bestehenden Kollisionsregeln internationalen Ursprungs daraufhin überprüft werden müssen, ob sie in der konkreten Situation – vor allem betreffend die in Rede stehende Unterhaltspflicht – überhaupt anwendbar sind. Dies ist im Hinblick auf den Elternunterhalt für alle erwähnten Rechtsquellen der Fall. Insbesondere hat kein Vertragsstaat des HUÜ 1973 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dessen grundsätzliche Anwendbarkeit auf alle Unterhaltspflichten, die sich aus Beziehungen der Familie und der Verwandtschaft ergeben (Art. 1)²⁷ einzuschränken. Das HUP 2007 geht in Art. 1 von demselben, weiten Anwendungsbereich aus wie das Vorgängerabkommen, erklärt aber Vorbehalte in Art. 27 für unzulässig. Dieser Paradigmenwechsel ist unter dem Aspekt der Klarheit und Rechtssicherheit natürlich zu begrüßen, weil der Rechtsanwender künftig nicht mehr in jedem Fall prüfen muss, ob der Staat, in dem der Unterhalt geltend gemacht werden soll, einen Vorbehalt erklärt hat. Zugleich ist dieser künftig weitere Anwendungsbereich aber auch bemerkenswert, weil das HUP 2007 ja eben an die Stelle des HUÜ 1973 treten soll. Man wird aber die Änderung letztlich auch unter dem Aspekt zu betrachten haben, dass die Working Group on Applicable Law mit dem Protokoll von 2007 auch Defizite des bisherigen Übereinkommens beheben wollte²⁸ und die Vorbehaltsklauseln offenbar als ein solches malum identifiziert hat. Naturgemäß finden sich auch keine Vorbehaltsklauseln in der Eu-UntVO und in Art. 18 EGBGB.

26 Zu den begrenzten Wirkungen der Kollisionsrechtsvereinheitlichung im Familienrecht aber *Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004), 544, 550 ff.; *Pinten*, Materielles Familienrecht in Europa – Rechtseinheit oder -vielfalt?, in: FS Spellenberg, 2006, S. 137, 138 f.

27 Damit ist auch der Elternunterhalt erfasst. Vgl. auch *Siehr*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2010, Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 49; *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374.

28 So der Explanatory Report von August 2007, http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd33e.pdf, Rn. 4.

III. Verhältnis der Rechtsquellen

Schließlich ist die Frage nach dem Verhältnis zu stellen, in dem all diese Rechtsquellen zueinander stehen. Vermutlich liegt es nach mehr als 50 Jahren europäischer Integration für den deutschen Rechtsanwender am nächsten, die Antwort auf seine Fragen zunächst von der EuUntVO zu erhoffen. Deren Art. 15 jedoch, der als einzige Bestimmung eine Aussage zum anwendbaren Recht trifft, enttäuscht. Es handelt sich nämlich lediglich um eine Verweisung auf die Kollisionsnormen des HUP 2007, natürlich nur für die Mitgliedstaaten, die auch durch eben jenes Protokoll gebunden sind. Einen darüber hinausgehenden eigenständigen kollisionsrechtlichen Inhalt sucht man in der EuUntVO vergeblich. Dies ist jedoch nur folgerichtig, denn die EU und ihre Mitgliedstaaten haben sich an den Verhandlungen zum HUP 2007 beteiligt. Inzwischen hat der Europäische Rat mit Beschluss vom 30.11.2009 das HUP 2007 auch förmlich gebilligt.²⁹ Zwar wären zuvor die Mitgliedstaaten der EU rechtlich nicht gehindert gewesen, dem HUP 2007 beizutreten, auch wenn in der EuUntVO abweichende Kollisionsregeln festgelegt worden wären. Denn nach Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 HUP 2007 bleibt abweichendes Einheitsrecht der EU in Fragen des Unterhalts grundsätzlich unberührt und nach Art. 69 Abs. 2 EuUntVO hat diese im Verhältnis der EU-Staaten untereinander ohnehin Vorrang vor internationalen Übereinkünften. Jedoch hätte dies in den EU-Mitgliedstaaten zu einer sehr unübersichtlichen kollisionsrechtlichen Lage in Abhängigkeit davon geführt, ob der Unterhaltssachverhalt einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat hat oder nicht.³⁰

Wie erwähnt, ist das HUP 2007 aber noch von keinem Staat ratifiziert worden. Auch die EuUntVO wird erst ab dem 18.6.2011 Anwendung finden; wenn das HUP 2007 bis dahin in der EU noch nicht in Geltung sein sollte, werden dessen Bestimmungen ab diesem Zeitpunkt vorläufig angewendet.³¹ Der europäische Verweis geht deshalb zurzeit noch ins Leere. Damit aber bleibt in Deutschland bis spätestens zum 17.6.2011 in Unterhaltsfragen das HUÜ 1973 relevant, das vom HUP 2007 nach dessen Art. 18 ja auch nur „im Verhältnis der Vertragsstaaten“ ersetzt werden soll; wo es also – umgekehrt gewendet – noch keine Vertragsstaaten gibt, bleibt die Vorgängerregelung maßgeblich.

Art. 18 EGBGB als autonome deutsche Kollisionsnorm stellt eine inhaltliche Kopie der Anknüpfungsregeln des HUÜ 1973 dar.³² Weil ihm das Abkommen als unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht vorgeht (Art. 3 Abs. 2 EGBGB) und mit allseitig konzipierten Regelungen (Art. 3 HUÜ)³³ unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob der Sachverhalt einen Bezug zu einem anderen Vertragsstaat hat,

29 ABl. Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 17.

30 Dazu Janzen, Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an einer EG-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 218, 220 („Alptraum“).

31 All dies ergibt sich aus Art. 76 EuUntVO sowie aus Art. 4 Abs. 2 des Ratsbeschlusses vom 30.11.2009.

32 BGH FamRZ 2005, 1987, 1988 m.w.N.; Hohloch, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, Art. 18 EGBGB, Rn. 2.

33 Dazu noch unten S. 43.

ist die Bedeutung von Art. 18 EGBGB sehr marginal. Er erfährt nur noch dann Relevanz, wenn es um eine vom HUÜ 1973 nicht erfasste Unterhaltspflicht geht, was wegen dessen weitem Anwendungsbereich eben kaum der Fall ist.

B. Gegenwärtige Anknüpfungsregeln für den Elternunterhalt

Nach diesem Befund steht fest, dass aus deutscher Perspektive zurzeit noch die Regelungen des HUÜ 1973 und des Art. 18 EGBGB für die Frage relevant sind, nach welchem Recht Sachverhalte zum Elternunterhalt in grenzüberschreitenden Fällen zu beurteilen sind. Wegen ihrer inhaltlichen Identität können die jeweiligen Inhalte gemeinsam erörtert werden.

I. Aufenthaltsort des Berechtigten als Grundanknüpfung im Unterhaltsrecht

Das für den (Eltern-)Unterhalt grundsätzlich maßgebliche Statut ist das Recht des Staates, in dem der Gläubiger bzw. Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; dies ergibt sich sowohl aus Art. 4 Abs. 1 HUÜ 1973 als auch aus Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Dabei handelt es sich um Sachnormverweisungen, was sich bei Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB aus dem Wortlaut der Vorschrift und für das HUÜ aus dem Sinn und Zweck eines Staatsvertrages ergibt, nämlich Klarheit über das anzuwendende Recht zu schaffen und eben auch eine Vereinheitlichung herbeizuführen.³⁴ Der Grund für die Wahl dieses unbestritten sinnvollen³⁵ Anknüpfungsmoments erschließt sich beinahe von selbst: Unterhaltsleistungen dienen dazu, den anderweitig nicht gedeckten Lebensbedarf des Berechtigten zu sichern. Dieser Bedarf wird aber durch die konkreten rechtlichen und tatsächlichen Lebensumstände des Berechtigten geprägt, vor allem durch die wirtschaftliche Situation und das Preisgefüge; das Unterhaltsbedürfnis entsteht eben am Aufenthaltsort des Gläubigers.³⁶ Zwar könnte man vielleicht auch meinen, es sei auf den Aufenthaltsort des Schuldners abzustellen, weil sich unter den dortigen Bedingungen seine Leistungsfähigkeit konkretisiert; jedoch stehen Unterhaltsansprüche und -recht im Interesse des Bedürftigen, so dass die kollisionsrechtliche Entscheidung zu seinen Gunsten ausfallen muss. Die legitimen Interessen des Schuldners werden im hier interessierenden

³⁴ *Sturm/Sturm*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Einleitung zum IPR, Rn. 365.

³⁵ *Andrae*, Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 196, 198, hält eine andere Auffassung erst gar nicht für vertretbar.

³⁶ BT-Drucks. 10/258, S. 60 (*Verwilghen*-Bericht); *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: FS Stoll, 2001, S. 437 f.; *Hohloch*, Unterhaltsstatut und Rechtswahl, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 401, 402; *Mankowski*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 137; *Siehr* in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 85.

Kontext durch Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 und Art. 18 Abs. 7 EGBGB berücksichtigt, wonach in jedem Fall – also unabhängig vom berufenen Sachrecht – die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten zu beachten sind.

Eine Konsequenz der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort als einem veränderlichen Kriterium ist die Möglichkeit eines Statutenwechsels, die in Art. 4 Abs. 2 HUÜ 1973 ausdrücklich und in Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB implizit anerkannt ist, wenn dort auf den jeweiligen Aufenthalt abgestellt wird. Das ruft natürlich die Frage nach einem „böswilligen Umzug“ auf den Plan, um künftig in den Genuss eines vorteilhaften Unterhaltsrechts zu kommen. Jedoch scheint diese Problematik mit Blick auf den Elternunterhalt nicht sehr relevant zu sein: Die Unterhaltsberechtigten werden als zumeist „alte Bäume“ kaum noch anderswo Wurzeln schlagen wollen. Sie werden es in der Regel auch nicht können, weil Unterhaltsbedürftigkeit und Umzug sich meist finanziell ausschließen und – vor allem – weil die übergroße praktische Relevanz des Elternunterhalts den Pflegefall betrifft. Sollte eine solche Konstellation doch einmal auftreten, sind zwei Aspekte zu beachten: Zum einen hat der Kollisionsrechtsgesetzgeber mit der Wahl eines beweglichen Anknüpfungsmoments den Statutenwechsel zugelassen und muss diesen grundsätzlich auch ohne Blick auf die Motive beachten. Zum anderen lassen sich die Fälle über eine sorgfältige Prüfung des Aufenthaltsortes lösen. Ist dieser in Wahrheit nicht gewechselt worden, liegt gar kein „Umzug unter das neue Recht“ vor. Ist aber tatsächlich ein neuer Aufenthaltsort begründet worden, so entstehen eben dort die Unterhaltsbedürfnisse und es ist unter Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Entscheidung angemessen, das Recht des jeweiligen Staates anzuwenden.

II. Heimatrecht der Parteien als Hilfsanknüpfung

Für den Fall, dass der Berechtigte nach seinem Aufenthaltsrecht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erlangen kann, kommt nach Art. 5 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB das gemeinsame Heimatrecht der Beteiligten zur Anwendung. Natürlich muss ein solches überhaupt bestehen, was in Fragen des Elternunterhalts aber die Regel ist. Mit diesem sind beide Parteien am engsten verbunden und es erscheint gerechtfertigt, bei einem negativen Ergebnis nach dem Recht am Aufenthaltsort nunmehr auf diese Verbindung abzustellen. Allerdings bestehen Unklarheiten darüber, wann nach dem Aufenthaltsrecht ein Unterhalt nicht zu erlangen ist. Eindeutig trifft dies zu, wenn der begehrte Unterhalt von der in Anspruch genommenen Person schon im Prinzip gar nicht geschuldet wird.³⁷ Das ist im Hinblick auf den Elternunterhalt im Grunde nur der Fall, wenn sich die Eltern gewöhnlich in einem Common-Law-Staat oder in Skandinavien aufhalten.³⁸ Ebenso eindeutig greift die Hilfsanknüpfung nicht ein, wenn ein Unterhaltsanspruch zwar besteht, aber geringer

37 Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 118 ff.; Andrae, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2006, S. 417 f., Rn. 48.

38 Zum Rechtsvergleich siehe unten S. 61 f.

ausfällt als derjenige nach dem Aufenthaltsrecht; hier bleibt es bei der Anwendung eben dieses „nachteilhafteren“ Statuts. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig oder nicht auffindbar ist. Auch wenn das System mit Hilfs- und Ersatzanknüpfungen dem Schutz des Gläubigers dienen soll³⁹, beinhaltet es keine Versicherung gegen „tatsächliche Unterhaltsrisiken“.

Umstritten sind dagegen die Situationen, in denen der Schuldner nach dem Aufenthaltsrecht des Gläubigers nicht leistungsfähig oder der im Grunde Berechtigte nicht bedürftig ist. Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums gehen hier davon aus, dass diese Konstellationen nicht gemeint sind und es demnach nicht zur Anwendung eines anderen als des Aufenthaltsrechts kommt.⁴⁰ Nach anderer Ansicht sind diese Fälle aber von Art. 5 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB erfasst.⁴¹ Das Abstellen auf die eine oder andere Ansicht wird auch trotz Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973, wonach die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und die Bedürftigkeit des Berechtigten immer zu berücksichtigen sind, relevant sein, weil nach der ersten Auffassung eben kein Unterhalt geschuldet wird, während im zweiten Fall ein Anspruch bestehen kann, der nach Maßgabe der *lex fori* modifiziert wird⁴².

Denkbar ist aber auch, dass der Anspruch nach dem Aufenthaltsrecht noch nicht entstanden, bereits verfristet oder gar verwirkt ist; in letztem Falle wird dann zu- meist aber auch das Heimatrecht bestimmte Vorkehrungen enthalten. Beim Eltern- unterhalt wird die Hilfsanknüpfung aus deutscher Sicht ohnehin nur dann relevant, wenn die zwar im Ausland, aber nicht in ihrer Heimat lebenden Eltern ihre Kinder hiezulande in Anspruch nehmen und nach dem Aufenthaltsrecht keinen Unterhalt erlangen können; würden sie nämlich (wieder) in ihrer Heimat leben, wäre das Auf- enthaltsrecht mit dem Heimatrecht identisch und es wäre weiterhin kein Unterhalt geschuldet.

III. Ersatzanknüpfung: *lex fori*

Diese Konstellation führt unmittelbar zur letzten Sprosse der unterhaltsspezifischen Anknüpfungsleiter: Wenn auch ein gemeinsames Heimatrecht der Beteiligten keinen Unterhalt gewährt, kommt ersatzweise die *lex fori* des angerufenen Gerichts bzw. – wo Behörden den Unterhalt festsetzen – der angerufenen Stelle zur Anwendung. Dies ist in Art. 6 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 2 EGBGB geregelt, wobei das EGBGB zur Anwendung durch deutsche Stellen vorgesehen ist und daher sogleich ausdrücklich auf das deutsche Recht verweist. Diese Bestimmungen greifen außerdem dann ein, wenn das Aufenthaltsrecht des Berechtigten keinen Unterhalt gewährt

39 *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 375.

40 BGH FamRZ 2001, 412 f. m.w.N.; OLG Hamm, FamRZ 1998, 25; *Andrae* (Fn. 37), S. 417 f., Rn. 48; *Heiderhoff*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EGBGB, Rn. 48.

41 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 182a.

42 Dazu unten S. 44.

und ein gemeinsames Heimatrecht gar nicht besteht; das dürfte beim Elternunterhalt aber – wie erwähnt – kaum der Fall sein.

IV. Deutsches Recht nach Vorbehaltserklärung

Das HUÜ 1973 erlaubt es den Vertragsstaaten in seinem Art. 15, einen Vorbehalt zu erklären, wonach diese ihr Heimatrecht anwenden können, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete ihnen angehören und der Verpflichtete in seinem Heimatstaat ansässig ist. Hier wird also auf das Aufenthaltsrecht des Schuldners abgestellt, das zugleich das Heimatrecht beider Parteien ist. Deutschland hat ebenso von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wie die Schweiz und alle anderen Vertragsstaaten mit Ausnahme von Estland, Frankreich, Griechenland und Japan; die entsprechende Verankerung findet sich für Deutschland in Art. 18 Abs. 5 EGBGB. Unter den angesprochenen Voraussetzungen wird also die *lex fori*, mit der in diesen Fällen ein sehr enger Zusammenhang besteht, der Anwendung des Aufenthaltsrechts des Berechtigten vorgezogen. Das mag aus pragmatischen Gründen auch nachvollziehbar sein; der einzige Bezug zum Ausland ist ja eben der Aufenthaltsort des Berechtigten. Allerdings wird die grundsätzliche Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht des Gläubigers aus den vorhin erwähnten Gründen – der Unterhaltsbedarf entsteht am Lebensmittelpunkt des Berechtigten – nahezu einhellig für sachdienlich und richtig gehalten. Warum dieser Grundsatz nun einer Anknüpfung anhand einer „engsten Verbindung“ geopfert wird, ist wenig nachvollziehbar. Jedoch mag es im Entstehungsjahr des Abkommens noch mehr Vorbehalte gegenüber der Anwendung fremden Rechts gegeben haben, als das heutzutage der Fall sein dürfte.⁴³ Mit dieser Bestimmung wird außerdem ein *forum shopping* ermöglicht: In den von Art. 15 HUÜ 1973 adressierten Sachverhalten kann der Unterhaltsberechtigte durch die entsprechende Auswahl des Klageortes das anwendbare Recht beeinflussen. Macht er den Anspruch am Sitz des Verpflichteten im gemeinsamen Heimatstaat geltend, ist dessen Recht maßgeblich; entscheidet er sich – zulässigerweise – aber für eine Geltendmachung am Klägergerichtsstand, ist wegen Art. 4 HUP 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB das dort geltende Unterhaltsrecht einschlägig.

V. Flankierende Bestimmungen

Diese Anknüpfungsregeln werden durch weitere Bestimmungen ergänzt⁴⁴, von denen hier vier angesprochen werden sollen. Hervorzuheben ist zunächst Art. 3 HUÜ 1973: Unabhängig davon, ob der Sachverhalt einen Bezug zu einem Vertragsstaat

⁴³ Kritisch auch *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 377.

⁴⁴ *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 84, misst allen anderen Bestimmungen des Abkommens praktisch eine nur dienende Funktion zu.

hat, kommt das Abkommen bereits dann zur Anwendung, wenn eine unterhaltsrechtliche Frage in einem Mitgliedstaat unter Rückgriff auf das Internationale Privatrecht entschieden werden muss; konsequenterweise ordnet Art. 3 HUÜ 1973 weiter an, dass auch das schließlich maßgebliche materielle Recht nicht dasjenige eines Vertragsstaates sein muss. In Art. 18 EGBGB findet sich eine solche Allseitigkeitsanordnung natürlich nicht.

Als Folge dieser Offenheit gegenüber jedem fremden Recht formuliert Art. 11 Abs. 1 HUÜ 1973 einen Ordre-Public-Vorbehalt: Die Vertragsstaaten können von der Anwendung des eigentlich berufenen Unterhaltsstatuts absehen, wenn sie mit ihrer eigenen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Wie stets in diesen Fällen kommt es auf das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall an.⁴⁵ Diese Bestimmung ist in der deutschen Judikatur verschiedentlich erörtert worden, wobei es im Wesentlichen um Scheidungsfälle, aber nie um Elternunterhalt ging. Jedoch dürften die Prinzipien im Ernstfall auch im hier interessierenden Kontext dieselben sein: Strenge Handhabung und Beschränkung auf Ausnahmefälle sowie grundsätzliche Akzeptanz auch von Ergebnissen, die zum Nachteil des Gläubigers vom deutschen Recht abweichen.⁴⁶ Vor allem muss beachtet werden, dass allein die Nichtexistenz eines Unterhaltsanspruchs keinen Ordre-Public-Verstoß darstellt, weil für diese Fälle eben Ersatz- und Hilfsanknüpfungen vorgesehen sind; vielmehr kann ein Konflikt mit Art. 11 HUÜ 1973 bzw. Art. 6 EGBGB nur aufgrund der inhaltlichen Ausgestaltung eines in der Sache bestehenden Anspruchs entstehen. Demgegenüber gehört es zum deutschen Ordre Public, dass nach § 1614 BGB nicht im Voraus auf Unterhalt verzichtet werden kann.⁴⁷

Schließlich soll noch einmal Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 erwähnt werden, wonach unabhängig vom anzuwendenden Recht bei der Bemessung des Unterhalts die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten und die Bedürfnisse des Berechtigten zu berücksichtigen sind. Wie das vonstatten gehen soll, ist jedoch nicht ganz klar. Es kann zwar als anerkannt gelten, dass die Vorschrift bereits dann greift, wenn Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit nach dem ausländischen Unterhaltsstatut nicht ausreichend berücksichtigt werden; sie müssen nicht völlig außer Betracht bleiben, um den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 zu eröffnen. Die daraus erwachsende Rechtsfolge ist jedoch umstritten. Wegen des auch kollisionsrechtlichen Charakters der Bestimmung (nämlich als besonderer Norm des Ordre Public⁴⁸)

45 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 343; *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6, Rn. 150.

46 BGH, NJW 1991, 2212, 2213 f.; OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367; OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 93; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 1367; KG, NJW-RR 1994, 138, 139.

47 OLG Nürnberg FamRZ 1996, 353, 354; OLG Koblenz FamRZ 1990, 426, 427; OLG Celle FamRZ 1991, 598, 599; OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 316, 317; OLG Hamm FamRZ 1998, 1532; OLG Hamm NJW-RR 1999, 950, 951 mit Anmerkungen von *Hohloch*, JuS 1999, 918; *Engler*, in: *Staudinger*, BGB, 14. Bearb. 2000, § 1614, Rn. 8; *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 391.

48 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 393; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 351; wohl auch *Boele-Woelki*,

kann zur Korrektur nur die *lex fori* berufen sein. Diskutiert wird dagegen, ob dies durch Pauschalierungen unter Rückgriff auf die Düsseldorfer Tabelle⁴⁹ oder durch individuelle Berechnungen erfolgen soll.⁵⁰

Um überhaupt ein konkretes Ergebnis ausländischen Unterhaltsrechts zu erhalten, das sodann auf den Prüfstand des Art. 11 HUÜ 1973 gestellt werden kann, gibt Art. 10 HUÜ 1973 Aufschluss darüber, welche Aspekte denn eigentlich dem nach Art. 4–6 HUÜ 1973 ermittelten Statut unterfallen sollen. Die schon nach dem Wortlaut („insbesondere“) nicht abschließende Aufzählung⁵¹ erwähnt in Nr. 1 die Frage, von wem der Gläubiger in welchem Ausmaß Unterhalt verlangen kann. Damit ist gerade auch im Hinblick auf das „Politikum“ Elternunterhalt klargestellt, dass seine Existenz und seine Voraussetzungen in der Sache allein vom Unterhaltsstatut bestimmt werden. Art. 10 Nr. 2 HUÜ 1973 unterstellt unter dem Aspekt der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen die Klagebefugnis und die Fristen zur Anspruchsdurchsetzung, insbesondere also Verjährungs- und Verwirklichungsfristen, dem Unterhaltsstatut. Dabei herrscht aber die einschränkende Betrachtungsweise vor, dass die Klagebefugnis entweder nach dem Unterhaltsstatut oder aber nach dem Recht vorliegen muss, welches das IPR der *lex fori* normalerweise beruft. Mit anderen Worten: Die Klagebefugnis nach dem Unterhaltsstatut ist ausreichend, aber nicht notwendig.⁵² Schließlich klärt Art. 10 Nr. 3 HUÜ 1973 noch den wichtigen Punkt des Umfangs der Erstattungspflicht gegenüber öffentlichen Leistungsträgern; auch dieser ist nach dem Unterhaltsstatut zu beurteilen. Damit werden Regressansprüche des Sozialstaates unmittelbar an die ursprünglichen zivilrechtlichen Unterhaltsansprüche gebunden und es wird erreicht, dass der Schuldner nicht dadurch besser oder schlechter gestellt werden darf, dass die öffentliche Hand in Vorleistung getreten ist.⁵³

VI. Insbesondere: Sozialhilferegress

Diese Regelung leitet direkt über zu Art. 9 HUÜ 1973. In der Praxis erfährt der Elternunterhalt bekanntlich seine Relevanz durch Klagen von Sozialleistungsträgern, die Leistungen an bedürftige Eltern erbracht haben und nun aus nach § 94 Abs. 1 SGB XII übergegangenem Recht gegen deren Nachkommen vorgehen. In einer

IPRax 1998, 494, die zugleich den Sachnormcharakter der Vorschrift betont; zur Schutzfunktion der Bestimmung BGE 123 III 1, 7. Siehe auch die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zum HUÜ 1973, BBl. 1975 II, 1395, 1402 f.

49 So die Praxis OLG München, FamRZ 2002, 55, 55 f.; OLG Koblenz, FamRZ 2002, 56, 57 f.; OLG Zweibrücken, FamRZ 1999, 33, 35.

50 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 401.

51 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 315; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 196.

52 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 289.

53 Zur Ratio *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 361; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 300.

Rückschau auf die höchstrichterlichen Entscheidungen zum Elternunterhalt der letzten sieben Jahre fällt nur ein Judikat durch eine andere Ausgangslage auf; hier klagte ein seiner Mutter Unterhalt leistender Sohn auf Auskunft gegen seinen Bruder und dessen Ehefrau.⁵⁴ Diese rechtstatsächliche Situation lässt natürlich darauf schließen, dass auch in den internationalen Sachverhalten der Sozialhilferegress von großer Bedeutung ist.⁵⁵ Wegen der internationalen Verbreitung dieses Systems von subsidiärer Vorleistung und Erstattung⁵⁶ ist es nicht nur denkbar, dass der deutsche Leistungsträger gegen einen im Ausland ansässigen Schuldner vorgeht, sondern es ist auch die Inanspruchnahme eines hier lebenden Unterhaltsverpflichteten durch ausländische Behörden denkbar.

Demzufolge enthält das Unterhaltskollisionsrecht auch Bestimmungen für den Fall, dass öffentliche Einrichtungen an den Unterhaltsberechtigten geleistet haben. Deren Berechtigung nämlich, hierfür eine Erstattung zu verlangen, richtet sich gemäß Art. 9 HUÜ 1973 nach dem Recht, dem die jeweilige Einrichtung untersteht. Damit ist indessen nur die Frage nach dem „Ob“ und dem „Wie“ der Erstattung angesprochen. Ob also ein Ersatzanspruch besteht, ob dieser als abgeleitetes oder selbständiges Recht der öffentlichen Hand ausgestaltet ist oder ob ein abgeleiteter Anspruch per Verwaltungsakt übergeleitet oder im Wege der Legalzession auf den öffentlichen Leistungsträger übergeht – all das richtet sich nach dem so genannten „Erstattungsstatut“, dem Recht also, dem die vorleistende Behörde selbst untersteht.⁵⁷ Demgegenüber ist die Frage, in welcher Höhe der Verpflichtete Vorausleistungen zu erstatten hat, anhand des Unterhaltsstatuts zu bemessen; das ergibt sich eindeutig aus dem soeben erwähnten Art. 10 Nr. 3 HUÜ 1973 und Art. 18 Abs. 6 Nr. 3 EGBGB.

C. Künftige Anknüpfungsregeln nach dem HUP 2007

I. Gründe für die Neukonzeption des staatsvertraglichen Unterhaltskollisionsrechts

Schon mehrfach ist nun das Ende 2007 aufgelegte Unterhaltsprotokoll erwähnt worden. Dies ist vor dem Hintergrund geschehen, dass die einst intendierte weitreichende Vereinheitlichung des Unterhaltskollisionsrechts mit dem HUÜ 1973 nicht erreicht wurde. Dessen größtes Manko ist nämlich der nur kleine Kreis von 14 Vertragsstaaten, die mit Ausnahme Japans und der Türkei sämtlich zu Europa gehören.

⁵⁴ BGH, NJW 2003, 3624.

⁵⁵ Für die Schweiz bestätigt dies Koller, FamPra.ch 2007, 769, 781.

⁵⁶ Siehe zum Rechtsvergleich unten S. 61 ff.

⁵⁷ Dazu Mankowski, in: Staudinger (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 313 f.; Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 191 ff.

Damit ist einerseits selbst die Mehrheit der EU-Staaten nicht Mitglied des Übereinkommens, während sämtliche Staaten des common law dem Abkommen ganz fern geblieben sind.⁵⁸ Andererseits stehen die meisten Mitglieder des Abkommens durch die EU in einer besonderen Beziehung zueinander, die auch das Internationale Privat- und Verfahrensrecht determiniert.

Eigentlicher Ausgangspunkt für diese geringe Akzeptanz des HUÜ 1973 ist die ablehnende Haltung vieler Staaten gegenüber der Anwendung ausländischen Unterhaltsrechts, was ja aber nach Art. 4, 5 HUÜ 1973 grundsätzlich möglich ist. Das gilt insbesondere für solche Länder, in denen Unterhaltsentscheidungen nicht von Gerichten, sondern von Verwaltungsbehörden getroffen werden; gerade ihnen wollen die betreffenden Staaten die nicht selten langwierige und auch kostspielige Ermittlung fremden materiellen Rechts nicht zumuten. Diese Grundsatzkontroverse hielt auch noch an, als die bestehenden Haager Konventionen ab 2003 überarbeitet, verbessert und so zu einem neuen und umfassenden Instrument im Internationalen Unterhaltsrecht zusammengeführt werden sollten, vor allem um eine größere Anzahl von Staaten anzuziehen. Dieses Vorhaben war aber von der andauernden Debatte um die Kollisionsrechtlichen Regelungen überschattet, die den Einigungsprozess erheblich erschwerte. In dem Bestreben, möglichst schnell im Hinblick auf den wichtigen Bereich der grenzüberschreitenden Unterhaltsdurchsetzung voranzukommen, entschloss man sich, die Frage nach dem anzuwendenden Recht „auszugliedern“ und in einem separaten Protokoll, eben dem jetzigen HUP 2007, zu regeln.⁵⁹

II. Abweichende Anknüpfungsleiter

Die allgemeine Akzeptanz, das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Gläubigers zum Unterhaltsstatut zu berufen, setzt sich auch im HUP 2007 fort. Dessen Art. 3 enthält eine entsprechende Grundanknüpfung mit der Vorgabe, dass sich beim Wechsel eben dieses Aufenthaltsortes auch das maßgebliche Unterhaltsrecht – freilich nur mit Wirkung für die Zukunft – ändert. Unterschiede zum HUÜ 1973 ergeben sich aber, wenn das Aufenthaltsrecht des Berechtigten keinen Unterhalt gewährt. Im Kern wurde dabei die Bedeutung der *lex fori* gestärkt, während das Heimatrecht der Parteien auf der kollisionsrechtlichen Anknüpfungsleiter eine Sprosse zurückversetzt wurde. Hinter dieser Modifikation steht der Gedanke, die Position des Unterhaltsgläubigers zu stärken, indem er per forum shopping mittelbar das anzuwendende materielle Recht bestimmen kann. Ein solcher *favor creditoris* war ursprünglich nur für Unterhaltsberechtigte vorgesehen, die jünger sind als 21 Jahre. Im Mai 2007 hat sich aber die Mehrheit der Delegationsmitglieder der Working

58 Zu dieser Problematik *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 375.

59 Zu diesen Zusammenhängen Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 1 f.; *Andrae*, FPR 2008, 196, 198.

Group on Applicable Law dafür entschieden, unterhaltsbedürftigen Eltern eine ebenso günstige Position einzuräumen.⁶⁰

Wenn nun also das Recht im Aufenthaltsstaat des Gläubigers keinen (Eltern-)Unterhalt gewährt, kommt nach Art. 4 Abs. 2 HUP 2007 nicht mehr zuerst ein gemeinsames Heimatrecht der Parteien zum Zuge, sondern das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht. Mit dieser Entscheidung wollte man in Den Haag die ohnehin sehr umstrittene Bedeutung der Staatsangehörigkeit für den Unterhalt reduzieren. Wie schon die Beibehaltung der Grundanknüpfung zum Ausdruck bringt, sind es nach internationaler Überzeugung die Lebensbedingungen am Aufenthaltsort des schutzwürdigen Unterhaltsberechtigten, welche die Bestimmung des materiellen Unterhaltsrechts determinieren sollen; demgegenüber sagt die (wenn auch gemeinsame) Staatsangehörigkeit der Parteien über den Unterhaltsbedarf des Gläubigers gar nichts aus. Darüber hinaus wird argumentiert, eine hilfs- oder ersatzweise Berufung des Heimatrechts der Parteien benachteilige solche Unterhaltsberechtigten, die eine andere Nationalität haben als der Schuldner.⁶¹ Dies ist jedoch kein überzeugendes Argument, weil es allenfalls um eine Bevorzugung der jeweiligen Gläubiger geht und das (internationale) Unterhaltsrecht ja allgemein vom Schutzgedanken zugunsten des Berechtigten geprägt ist. Mit einem Verzicht auf die Heimatrechtsanknüpfung wäre dieser Vorzug beseitigt, ohne dass für die „mehrstaatigen“ Unterhaltsbeziehungen etwas gewonnen wäre. Schließlich ist, wenn man die Begriffe „Bevorzugung“ und „Benachteiligung“ auf den Begriff der „Ungleichbehandlung“ reduziert, eben mit dem (Nicht-)Vorliegen einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit ein taugliches Unterscheidungskriterium gegeben, das die Differenzierung zu rechtfertigen vermag.⁶²

Zugleich sollte mit dem Prioritätenwechsel in der Anknüpfungskaskade die Arbeit des angerufenen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde erleichtert werden, die nun nicht mehr zuerst das gemeinsame Heimatrecht der Parteien erforschen, sondern auf der Basis ihres eigenen Rechts schneller und günstiger zu einer Entscheidung kommen können; hiervon profitiert natürlich auch der Gläubiger.⁶³ Weil diese Hilfsanknüpfung wieder daran gebunden ist, dass nach dem zuerst befragten Recht kein Unterhalt gewährt wird, stellen sich dieselben Fragen wie unter Art. 5 HUÜ 1973.⁶⁴ Immerhin geben die Materialien zum HUP 2007 eindeutig Aufschluss über die diesbezüglich am meisten diskutierte Frage: Scheitert ein Unterhaltsanspruch allein an ökonomischen Faktoren, namentlich an der fehlenden Bedürftigkeit des Berechtigten bzw. an der Leistungsfähigkeit des Schuldners, kommt die Hilfsanknüpfung nicht zur Anwendung.⁶⁵

60 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 24 f.

61 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 42 m.w.N.

62 *Looschelder/Boos*, FamRZ 2006, 374, 376, mit Hinweis auf *Gruber*, in: AnwK-BGB, 1. Aufl. 2004, Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB, Art. 3 EheVO 2003, Rn. 5.

63 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 28; *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 376.

64 Siehe oben S. 41 f.

65 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 29.

Die Relevanz dieser subsidiären Anknüpfung wird jedoch durch Art. 4 Abs. 3 HUP 2007 relativiert. Denn danach kommt es immer – und eben nicht nur subsidiär – zur Anwendung der *lex fori*, wenn der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem die Ansprüche durch den Gläubiger geltend gemacht werden. Es handelt sich um einen Kompromiss zwischen jenen, die generell die *lex fori* angewendet wissen wollten, und den Delegationen, die streng am Recht des Gläubigeraufenthaltsortes als Unterhaltsstatut festhalten wollten. Damit hat Art. 4 Abs. 2 HUP 2007 nur eine Bedeutung, wenn entweder der Schuldner selbst etwa eine Abänderungsklage erhebt oder der Anspruch in einem Staat geltend gemacht wird, in dem keine der Parteien ansässig ist. Wird Klage in dem Staat erhoben, in dem der Gläubiger sich gewöhnlich aufhält, fallen regelmäßiges Unterhaltsstatut und *lex fori* ohnehin zusammen; wird der Anspruch im Aufenthaltsstaat des Schuldners geltend gemacht, greift sofort Art. 4 Abs. 3 HUP 2007. Hierfür sprechen zwei Gründe: Das Aufenthaltsrecht des Gläubigers büßt seine Vorzüge teilweise ein, wenn es von ausländischen Behörden oder Gerichten erst zeit- und kostenaufwändig ermittelt werden muss und auch dann gilt, wenn es dem Gläubiger zum Nachteil gereicht. Vor allem aber hat der Gläubiger in der Regel die Wahl zwischen einem Gläubiger- und einem Schuldnergerichtsstand; entscheidet er sich daher freiwillig für eine Klage am Aufenthaltsort des Schuldners und damit für den anerkannten Grundsatz *actor sequitur forum rei*, kann er kaum etwas gegen die Anwendung der dortigen *lex fori* einzuwenden haben.⁶⁶

In Umkehrung der Anknüpfungsreihenfolge ist schließlich auf Art. 4 Abs. 4 HUP 2007 hinzuweisen, wonach als letzte Möglichkeit das gemeinsame Heimatrecht der Parteien berufen wird, wenn es ein solches gibt und wenn nach den bisher erwähnten Bestimmungen kein Unterhalt zu erlangen ist. Dass es in Sachen Elternunterhalt zur Anwendung dieser Regelung kommen kann, ist nicht unwahrscheinlich, weil diese Form des Unterhalts eben nicht überall vorgesehen ist. Die Materialien zum HUP 2007 betonen außerdem ausdrücklich die besondere Bedeutung, die eine gemeinsame Nationalität in Unterhaltsbeziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern haben kann.⁶⁷

III. Einrede fehlender Gegenseitigkeit

Eine Neuigkeit im Vergleich zum HUÜ 2007 ist auch in Art. 6 HUP 2007 enthalten. Danach kann der Unterhaltsverpflichtete geltend machen, dass er weder nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes noch nach dem – wenn vorhanden – gemeinsamen Heimatrecht der Parteien Unterhaltsleistungen schuldet. Da diese Einrede nicht erhoben werden kann, wenn es um Kindes- und (Ex-)Ehegattenunterhalt geht, wird die Ratio der Norm leicht offenbar: Es geht um die Abwehr international nicht einhellig anerkannter Ansprüche, wenn diese im konkre-

⁶⁶ Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 34 f.

⁶⁷ Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 41.

ten Unterhaltsverhältnis nur wegen des nach den Art. 3, 4 HUP 2007 objektiv bestimmten Rechts bestünden und damit das Gegenseitigkeitsverhältnis gestört wäre, das den Unterhaltspflichten innerhalb einer Rechtsordnung zumeist zugrunde liegt.⁶⁸ Damit ist die Bestimmung auch für den Elternunterhalt relevant.⁶⁹ Im HUÜ 1973 ist das Pendant zu dieser Regelung noch viel enger gefasst, nämlich auf Unterhaltspflichten von Verwandten in der Seitenlinie und von Verschwägerten beschränkt; dafür ist es ausreichend, wenn entweder das gemeinsame Heimatrecht der Parteien oder das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten den in Rede stehenden Unterhaltsanspruch nicht vorsieht (Art. 7 HUÜ 1973). Im HUP 2007 ist der Einredestatbestand auf alle Unterhaltspflichten erweitert worden; dafür muss sich der Schuldner aber sowohl auf das gemeinsame Heimatrecht als auch auf das Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts berufen können.⁷⁰ Alles in allem handelt es sich um einen Kompromiss. Insbesondere die Erstreckung des Einredestatbestandes auf alle Unterhaltspflichten ist der Unzulässigkeit von Vorbehaltserklärungen nach dem HUP 2007 geschuldet und bringt ihrerseits die Notwendigkeit „of more restricted connection rules for these cases“ mit sich.⁷¹

IV. Zulässigkeit der Rechtswahl

1. Rechtswahl als Novum im Unterhaltskollisionsrecht

Über die modifizierte Ausgestaltung der Anknüpfungsleiter hinaus wird – vor allem auch aus der Sicht der Notare – der bedeutendste Unterschied zwischen altem und neuem Recht aber in der künftigen Zulässigkeit der Rechtswahl bestehen. Denn nach der bisherigen Rechtslage unter dem HUÜ 1973 und demzufolge auch nach Art. 18 EGBGB ist eine Rechtswahl im Internationalen Unterhaltsrecht nicht vorgesehen, was im Schrifttum zu der ganz überwiegenden Auffassung geführt hat, im Bereich gesetzlicher⁷² Unterhaltsansprüche sei Parteiautonomie auch unzulässig.⁷³ Wie

68 Zum Erhalt der Gegenseitigkeit als eigentlicher Ratio solcher Bestimmungen Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 143 f.; Linke, in: Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 3074; Mankowski, in: Staudinger (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 204 f. Andrae, FPR 2008, 196, 202, schränkt die Bedeutung der Gegenseitigkeit bei Art. 6 HUP ein, da bei der Eltern-Kind-Relation nur das Kind und nicht ein Elternteil die Einrede erheben kann.

69 So ausdrücklich der Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 60.

70 Das ergibt sich auch aus dem englischen Wortlaut der Norm: „... both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.“

71 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 59.

72 Bei vertraglich begründeten Unterhaltsansprüchen ist eine Rechtswahl dagegen nach Art. 27 EGBGB a.F. (jetzt Art. 3 Rom I-VO) zulässig, wobei eine Vereinbarung über den konkreten

schon bei der Grundanknüpfung des Unterhaltsstatuts an den gewöhnlichen Aufenthaltsort und damit an die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsberechtigten, steht dahinter die Überlegung, der Unterhaltsgläubiger sei tendenziell die schwächere Partei und seine Interessen seien bei Zulassung einer Rechtswahl stärker gefährdet als diejenigen des Schuldners; hinzu tritt die Anerkennung, welche die objektiven Anknüpfungskriterien überwiegend gefunden haben.⁷⁴ Zwar hat der niederländische Hoge Raad in einer Entscheidung vom 21.2.1997 die Wahl des Unterhaltsstatuts in einem Scheidungsfall für wirksam gehalten; dabei hatte ein nach iranischem Recht verheiratetes Paar, das in den Niederlanden lebte, im Berufungsverfahren über seine Scheidung das niederländische Recht, das zugleich *lex fori* war, für die Unterhaltsforderung der Frau für anwendbar erklärt.⁷⁵ Um diese sehr spezielle Konstellation kreisen die Erwägungen des Gerichts, wobei es eine wichtige Rolle spielt, dass es sich um einen Scheidungsfall handelt und das gewählte Recht – abweichend von Art. 8 HUÜ 1973 – sowohl der *lex fori* als auch der Grundanknüpfung des Art. 4 HUÜ 1973 entsprach. Vor diesem Hintergrund sollte im Hinblick auf den Nachehelichenunterhalt sehr vorsichtig mit Verallgemeinerungen umgegangen werden⁷⁶; betreffend andere Formen des Unterhalts kann dagegen wohl ohnehin nicht von einer präjudiziellen Wirkung des Urteils ausgegangen werden.

Anderenfalls wäre die nunmehr vorgesehene beschränkte Rechtswahlmöglichkeit nach dem HUP 2007 auch gar nicht notwendig gewesen, mit Ausnahme natürlich der damit verbundenen Rechtsklarheit. Dass der Explanatory Report zum HUP 2007 betont, eine Rechtswahl soll – nämlich künftig – eine besondere Rolle in den Unterhaltsbeziehungen Erwachsener, insbesondere in Scheidungsfällen, spielen⁷⁷, bestätigt im Übrigen die Auffassung, eine Rechtswahl sei bisher auch trotz der Entscheidung des Hoge Raad nicht vorgesehen gewesen. Die Entscheidung jedenfalls, in Zukunft eine Rechtswahl in Unterhaltsangelegenheiten zuzulassen, ist von dem Gedanken getragen, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit zu ermöglichen, auch wenn sich die persönlichen Verhältnisse der Unterhaltsparteien ändern; für die Wahl der *lex fori* in einem konkreten Verfahren streitet darüber hinaus die Möglichkeit der angegangenen Behörden bzw. Gerichte, ihr Heimatrecht anzuwenden.⁷⁸

Inhalt gesetzlicher Ansprüche nichts an deren gesetzlichem Charakter ändert, vgl. etwa OLG Koblenz, NJW 2003, 439, 440.

73 Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 84, macht jedoch eine Ausnahme beim Unterhalt nach Scheidung (a.a.O. Rn. 169); Vomberg, FPR 2001, 115, 116; wohl auch OLG Karlsruhe, FamRZ 1990, 313, 314.

74 Hohloch, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 401, 402.

75 RvdW 1997, 56; die wesentlichen Erwägungen sind abgedruckt bei Boele-Woelki, IPRax 1998, 492 ff.

76 Weniger zurückhaltend aber Boele-Woelki, IPRax 1998, 492, 494 f.

77 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 65.

78 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 62, 65, 70.

2. Voraussetzungen der Rechtswahl nach dem HUP 2007

Nur der Vollständigkeit halber sei Art. 7 HUP 2007 genannt, in dem die eben erwähnte Möglichkeit geregelt ist, für ein konkretes Verfahren betreffend einen Unterhaltsanspruch die *lex fori* für anwendbar zu erklären. Angesichts dessen, dass in Fällen des Elternunterhalts ganz überwiegend die Träger der sozialen Sicherung an den Verfahren beteiligt sind, wird die Bestimmung jedenfalls aus deutscher Sicht kaum Relevanz entfalten. Denn es ist nur schwer vorstellbar, dass die öffentliche Hand in Regressfällen, in denen sich der materielle Unterhaltsanspruch wegen des Aufenthalts des Gläubigers in aller Regel auch nach dem jeweiligen „Heimatrecht“ des Sozialleistungsträgers richtet, für die Anwendbarkeit einer ausländischen *lex fori* optiert.

Auf Grundlage des deshalb wohl relevanteren Art. 8 Abs. 1 HUP 2007 können Unterhaltsschuldner und -gläubiger jederzeit eine Vereinbarung treffen, wonach die zwischen ihnen bestehende Unterhaltspflicht entweder nach dem Heimatrecht einer Partei oder nach dem Recht eines Staates zu beurteilen ist, in dem einer der Beteiligten im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese beschränkte Rechtswahl bedarf nach Art. 8 Abs. 2 HUP 2007 der schriftlichen oder elektronischen Form und kann – vor allem mit Blick auf den Elternunterhalt – nach Absatz 3 der Vorschrift nur getroffen werden, wenn der Unterhaltsgläubiger nicht in einem Zustand ist, der ihn am Schutz seiner Interessen hindert. Art. 8 Abs. 4 HUP 2007 bestimmt weiter, dass sich ungeachtet des gewählten Statuts die Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts nach dem Recht bestimmt, in dem der Gläubiger bei der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Schließlich ist das gewählte Recht nach Art. 8 Abs. 5 HUP 2007 nicht anzuwenden, wenn es für eine der Parteien unbillige oder unangemessene Folgen hätte und sie hierüber nicht umfassend unterrichtet und sich der Konsequenzen nicht vollständig bewusst gewesen ist.

3. Die „Abwahl“ des Elternunterhalts

a) Ausgangslage

Diese Ausgangslage führt uns unmittelbar zu der Frage, wie künftig mit der Wahl eines Rechts umzugehen ist, das keinen Elternunterhalt kennt. Die Bedeutung dieser Thematik erwächst dabei freilich erst aus der typischen sozialrechtlichen Implikation des Elternunterhalts. Dies soll der folgende kleine Fall veranschaulichen:

Dänische Eltern erwerben ein Anwesen in Flensburg, siedeln dorthin und vereinbaren später im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge mit den Kindern, dass für etwaige Unterhaltspflichten dänisches Recht maßgeblich sein soll. Einige Jahre danach werden die Eltern pflegebedürftig und der deutsche Sozialhilfeträger tritt für die Pflegekosten in Vorleistung. Als dieser die inzwischen in Kiel und Lübeck lebenden Kinder aus nach § 94 Abs. 1 SGB XII über-

gegangenen Recht in Anspruch nehmen will, stellt sich heraus, dass das dänische Recht eine Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern gar nicht vorsieht. Soll nun ein Unterhaltsregress zulasten der öffentlichen Hand ausscheiden?

Die Antwort scheint bei der ersten Lektüre bisheriger Judikatur und Kommentarliteratur festzustehen: In der Vereinbarung dänischen Rechts liegt in Wahrheit ein Verzicht auf künftige Unterhaltsansprüche, der nach deutschem Recht gem. § 1614 Abs. 1 BGB unzulässig ist. Diese Norm gehört zum unterhaltsrechtlichen Ordre Public der Bundesrepublik⁷⁹, der sich auch bei grundsätzlicher Anwendung ausländischen – hier: dänischen – Rechts durchsetzt. Dies gilt insbesondere, wenn der Verzicht dazu führt, dass Dritte, namentlich die Träger der sozialen Sicherungen, für den Bedürftigen eintreten müssen.⁸⁰ Allerdings muss dieses vordergründige Ergebnis auf den Prüfstand gestellt werden, wobei vor allem das Novum einer völkervertraglichen Erlaubnis der parteiautonomen Bestimmung des Unterhaltsstatuts zu berücksichtigen ist.

b) Materieller Verzicht und kollisionsrechtliche Statutenwahl

Zunächst ist aber schon ein Blick in das deutsche Recht richtungweisend. Ein Verstoß gegen § 1614 BGB setzt nämlich einen materiellrechtlichen Verzicht auf den Unterhalt voraus.⁸¹ Eine solche Erklärung liegt jedoch bei einer bloßen Rechtswahlvereinbarung nicht vor, sondern es handelt sich „lediglich“ um eine kollisionsrechtliche Bestimmung des in der Sache anwendbaren Rechts. Dieser neutrale Willensakt der Parteien stellt keinen Verzicht auf einen künftig begründeten Unterhaltsanspruch dar. Vielmehr beinhaltet die Rechtswahl eine vorbehaltlose Anbindung an das gewählte Recht unabhängig von seinem Inhalt. Das wird deutlich, wenn man sich vorstellt, Dänemark würde, etwa zur Entlastung der öffentlichen Kassen, einen Anspruch auf Elternunterhalt einführen; dann bestünde ein Anspruch und damit auch ein Recht, das im Wege des Regresses geltend gemacht werden könnte. Umgekehrt stellte es sicher kein Problem dar, wenn in einer gewählten Rechtsordnung, z.B. als Ergebnis rechtspolitischer Kontroversen, ein ursprünglich bestehender Anspruch auf Elternunterhalt abgeschafft und einem Regressanspruch dadurch der Boden entzogen würde.

Darüber hinaus indiziert auch der Wortlaut des HUP 2007 eine Differenzierung zwischen der Rechtswahl auf der einen und dem Unterhaltsverzicht auf der anderen Seite. Denn es entscheidet – wie bereits angedeutet – nach Art. 8 Abs. 4 HUP 2007 „ungeachtet des von den Parteien bestimmten Rechts“ über die Zulässigkeit eines

79 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

80 OLG Hamm, NJW-RR 1999, 950, 951 = FamRZ 2000, 31, 32 mit Verweis auf BGHZ 86, 82 ff. = NJW 1983, 1851 und BVerfGE 17, 38 = NJW 1963, 1727.

81 OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 357, 358; OLG Zweibrücken, FamRZ 2009, 142; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2005 – Az. 16 WF 132/05, Rn. 6; vgl. auch *Born*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2008, § 1614, Rn. 10 (Verzichtsvertrag).

Verzichts das Recht des Staates, in dem der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dahinter steht offensichtlich die Vorstellung von der Wahl eines Unterhaltsrechts, das einen sodann vereinbarten materiellen Verzicht auf die Ansprüche zulässt⁸²; in diesem Fall gilt allein im Hinblick auf diesen Verzicht – und natürlich zum Schutze der öffentlichen Kassen – das Aufenthaltsrecht des Gläubigers. Die Rechtswahl selbst bleibt dagegen unangetastet.

c) Nichtgewährung von Elternunterhalt kein Ordre-Public-Verstoß

Wenn danach ein Unterhaltsverzicht also nicht vorliegt, kann es dahinstehen, ob man § 1614 BGB ganz pauschal zum deutschen Ordre Public zählen darf⁸³; denn gegen diese Bestimmung ist mit der Rechtswahl eben nicht verstoßen worden. Allerdings kann man sich die Frage stellen, ob denn die bloße Tatsache, dass in casu kein Elternunterhalt geleistet wird, als solche gegen die hiesige öffentliche Ordnung verstößt. Es ist also zu entscheiden, ob die hierfür anzuwendenden strengen Maßstäbe auch im Hinblick auf den Elternunterhalt erfüllt sind. Zum einen ist dazu stets eine Einzelfallbetrachtung mit dem Blick auf das konkrete Ergebnis der Anwendung des eigentlichen Unterhaltsstatuts geboten.⁸⁴ Das ist so zwar nur in Art. 6 Satz 1 EGBGB formuliert, nicht dagegen in Art. 11 Abs. 1 HUÜ 1973 oder Art. 13 HUP 2007; wenn die zuletzt erwähnte Vorschrift jedoch auf die Wirkungen der ausländischen Rechtsanwendung abstellt, ist nichts anderes gemeint als eine Überprüfung der konkreten Folgen des ausländischen Rechts im jeweiligen Fall. Dazu tritt sodann die Voraussetzung, dass nur die offensichtliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen der lex fori das Verdikt der Ordre-Public-Widrigkeit rechtfertigt.⁸⁵ Im Hinblick auf das Unterhaltsstatut ist das aus deutscher Sicht bisher vor allem bei Ausschluss nachehelichen Unterhalts ohne Härtefallregelung⁸⁶ bzw. zulasten der allein erziehenden Mutter⁸⁷ und in Fällen der Unabänderlichkeit eines Unterhaltsanspruchs unabhängig vom Wandel der Umstände⁸⁸ erörtert worden. In keinem Fall ging es dabei um Unterhaltsansprüche von Eltern gegen ihre Kinder.

Daher betritt man Neuland mit der Frage, ob die Versagung von Unterhalt zugunsten in Deutschland lebender Eltern nach dem ausländischen Unterhaltsstatut

82 So wohl auch *Andrae* FPR 2008, 196, 198; *Gruber*, FS Spellenberg, 2010, 177, 191 m.w.N.

83 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

84 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 343; *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 45), § 6, Rn. 150.

85 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 382; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 344; *Sonnenberger*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Art. 6 EGBGB, Rn. 78.

86 Dazu BGH FamRZ 1991, 925, 927; OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 1404, 1404 f.; OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367, Rn. 9.

87 OLG Hamm, FamRZ 1999, 1142, 1143; OLG Zweibrücken, NJWE-FER 1999, 228; OLG Karlsruhe, FamRZ 1989, 748, 749.

88 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 320.

einen Ordre-Public-Verstoß darstellt. Betrachtet man dies zunächst ohne Rücksicht auf die daraus möglicherweise resultierende endgültige Belastung der hiesigen Sozialhilfeträger, kommt man an der rechtspolitischen Debatte über den Elternunterhalt nicht vorbei. Kann nämlich ein Rechtsinstitut, über dessen Berechtigung und Zweckmäßigkeit – und damit eigentlich über dessen Abschaffung – so intensiv diskutiert wird⁸⁹, zu den Grundgedanken, Grundwerten und damit zum Kernbestand der deutschen Rechtsordnung und der ihr innewohnenden Gerechtigkeitsvorstellungen⁹⁰ gehören? Oder sollte man nicht eher annehmen, dass die gegenüber ausländischem Recht schützenswerten Grundwertungen in der Sache selbst unbestritten und allgemein anerkannt sein müssten? Bemerkenswerter Weise hat nicht einmal das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2005 eine Lanze für den Elternunterhalt gebrochen, sondern auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und auf die schwache Rechtsposition des Elternunterhalts verwiesen; es hebt sogar besonders hervor, dass sich im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung von Unterhaltspflichten der Kinder gegenüber ihren Eltern finden lässt.⁹¹ Das spricht deutlich gegen eine Einordnung des elterlichen Unterhaltsanspruchs bei den essentialia des deutschen Familienrechts.

Diese verfassungsgerichtliche Verortung findet sich im einfachen Recht und in der Judikatur bestätigt. Nach der jüngsten Unterhaltsreform rangiert der Elternunterhalt auf der sechsten von sieben Positionen. Der Gesetzgeber hat damit von seiner grundgesetzlich verbrieften Regelungsfreiheit Gebrauch gemacht und die Reihenfolge der Unterhaltspflichten ausdrücklich festgelegt. Über dieses wohl eher formalistische Argument hinaus ist aber zu beachten, welche Ausgestaltung der Unterhaltsanspruch in der Judikatur erfahren hat: Der dem Pflichtigen zu belassene Selbstbehalt ist im Vergleich zu volljährigen Kindern nochmals um ca. 25% erhöht⁹², und auch dabei handelt es sich noch um einen Mindestselbstbehalt, weil die Einstandspflicht des Kindes nicht zu einer spürbaren und dauerhaften Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Lebensniveaus führen darf.⁹³ Aus diesem Grunde muss auch das über dem Selbstbehalt liegende Einkommen des Pflichtigen

89 Allgemein zur Debatte um den Elternunterhalt *Brudermüller*, in: FS Henrich, 2000, 31, 35 ff.; *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 ff.

90 So die üblichen Anforderungen an die zum *Ordre Public* zählenden Regelungen, vgl. nur BGH NJW 2009, 1215, 1216; BGH NJW 1990, 3210, 3211; OLG Düsseldorf, ZEV 2009, 190, 191; OLG Schleswig-Holstein, FamRZ 2008, 1104, 1105 ff.; OLG Köln, BeckRS 2003 08406; OLG Braunschweig, NJW-RR 1989, 1097; *Blumenwitz*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Art. 6 EGBGB, Rn. 150; *Horn*, SchiedsVZ 2008, 209, 210; *Lorenz*, in: *Bamberger/Roth*, BeckOK EGBGB, 18. Ed., Art. 6 EGBGB, Rn. 13.

91 BVerfG NJW 2005, 1927, 1929 ff. = FamRZ 2005, 1051, 1054; dazu mit Anmerkungen *Klinkhammer*, FamRZ 2005, S. 1055; *Graba*, FamRZ 2005, 1149.

92 Für eine Erhöhung des Selbstbehalts schon BGH NJW 1992, 1393, 1394; siehe auch BGH NJW 2006, 3344, 3345 f.

93 So zuletzt BGH NJW 2010, 1188 f.; BGH NJW 2003, 128, 130; BGH NJW 2003, 2306, 2308; BGH NJW 2006, 3344, 3345; dazu auch *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2467.

nur zu 50% eingesetzt werden.⁹⁴ Schließlich gelten im Rahmen des Elternunterhalts großzügige Vorgaben in Bezug auf die Ausgaben des Unterhaltsverpflichteten zu seiner eigenen Altersversorgung und den Schutz des so genannten Schonvermögens.⁹⁵ Diese Eckpfeiler mögen als Beleg dafür genügen, dass auch die Rechtsprechung von einer schwachen Stellung des Elternunterhalts ausgeht und ihm entsprechende Konturen verleiht. In der Folge verringert sich naturgemäß der Anteil derjenigen Kinder, die unter den spezifischen Voraussetzungen des Aszendentenunterhalts überhaupt noch leistungsfähig und damit zahlungspflichtig sind.⁹⁶ Hieran sind die Sozialleistungsträger auch mit ihren Regressansprüchen gebunden. Im Übrigen entspricht dieser zivilrechtlichen Wertung für eine weitgehende Schonung der Nachkommen auch eine sozialrechtliche Grundentscheidung: Die Träger der Sozialhilfe nehmen im Bereich der Grundsicherung im Alter ohnehin nur diejenigen Unterhaltspflichtigen in Regress, die über ein Mindesteinkommen von jährlich 100.000 € verfügen (§ 43 Abs. 2 SGB XII). Auch vor diesem rechtstatsächlichen Hintergrund überzeugt es nicht, den Elternunterhalt auf den Sockel des deutschen Ordre Public zu heben und mit seiner Hilfe die Anwendung eines privatautonom bestimmten ausländischen Rechts zu torpedieren, nur weil es die Gewährung von Elternunterhalt nicht vorsieht. Wenn eine Rechtsordnung den Unterhalt sowohl im Rang als auch in seiner Berechnung derartig schwach ausgestaltet, wird man schwerlich eine Ordre-Public-Widrigkeit annehmen können, wenn der Unterhaltstatbestand nach ausländischem Recht gar nicht existiert.

Nach diesem Blick auf den Status des Elternunterhalts im deutschen Recht, der eine Grundwertung oder ein tragendes Prinzip eben nicht erkennen lässt, sei schließlich noch ein kollisionsrechtliches Argument ins Treffen geführt: Bereits zum HUÜ 1973 wurde festgestellt, dass es keinen Fall für die Ordre-Public-Klausel darstellt, wenn das zur Anwendung berufene Unterhaltsstatut den begehrten Unterhaltsanspruch nicht zur Verfügung stellt; vielmehr wird für diesen Fall durch verschiedene Hilfs- und Ersatzanknüpfungen Sorge getragen.⁹⁷ Nichts anderes kann für das HUP 2007 gelten, das – wenn auch mit vertauschten Präferenzen – ja demselben Prinzip folgt, zusätzlich zur objektiven Anknüpfung des Unterhaltstatuts nun aber auch die Möglichkeit der Rechtswahl bereitstellt. Wenn jedoch bereits die objektiven Verweisungen zu einem für den Anspruchsteller negativen Ergebnis führen können und dies als solches nicht über den Ordre Public korrigiert wird, überzeugt es nicht, für die viel stärker – nämlich durch Ausübung von Parteiautonomie – legitimierte subjektive Anknüpfung eine andere Sichtweise einzunehmen. Zwar ist zuzugeben, dass bei einer „schlechten“ Rechtswahl keine „Rettungswege“ in Gestalt subsidiärer Anknüpfungen zur Verfügung stehen. Dies ist jedoch der Preis eben jener freiwilli-

94 Auch BGH NJW 2003, 128, 131 m.w.N.; BGH NJW 2003, 2306; BGH NJW 2006, 3344, 3345 f.; dazu auch *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2467.

95 BGH NJW 2010, 1188 f.; *Hauß* (Fn. 24), S. 83 ff., S. 159 ff. m.w.N.; *Schäfer*, Die Unterhaltspflicht erwachsener Kinder gegenüber ihren Eltern, 2007, S. 197 ff.

96 *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2471, nimmt einen Anteil von max. 10% der Erwerbstätigen an.

97 Siehe oben S. 41 f.

gen Entscheidung, die zudem für die Zukunft natürlich stets einvernehmlich geändert werden kann. Nur mit dieser Sichtweise lassen sich auch der Ausnahmecharakter des Ordre-Public-Vorbehalts und das grundsätzliche Prinzip aufrechterhalten, dass allein die Abweichung des ausländischen Unterhaltsstatuts von der (deutschen) lex fori und ihren Regelungen keinen Anlass bildet, inländisches Recht in Stellung zu bringen.⁹⁸

d) Kein Ordre-Public-Verstoß allein wegen einer Belastung der öffentlichen Kassen

Weil (internationale) Streitigkeiten zum Elternunterhalt vor allem auf Betreiben der Sozialleistungsträger vor die Gerichte getragen werden, drängt sich eine weitere Frage auf: Stellt die Nichtgewährung von Elternunterhalt nicht schon deshalb einen Verstoß gegen den Ordre Public dar, weil sie letztlich zu einer Einstandspflicht der inländischen öffentlichen Hand führt? In diesem Sinne kann eine Entscheidung des OLG Hamm verstanden werden, das – allerdings im Falle eines materiellen Verzichts auf nachehelichen Unterhalt nach objektiv anwendbarem türkischem Recht – die Freistellung eines leistungsfähigen Unterhaltsschuldners zulasten Dritter, in casu nämlich des Sozialhilfeträgers, als Widerspruch zu den inländischen Grundwertungen und Gerechtigkeitsvorstellungen angesehen hat.⁹⁹

Jedoch überzeugt dieser Gedanke aus verschiedenen Gründen nicht: Zunächst handelt es sich nicht um den Verzicht auf einen eigentlich bestehenden Unterhaltsanspruch.¹⁰⁰ Denn niemand ist zulasten der öffentlichen Haushalte aus seiner Unterhaltspflicht entlassen worden; vielmehr hat eine solche gar nicht erst bestanden. Des Weiteren kann eine materielle Vereinbarung mit der Folge einer (bloß) faktischen Belastung der öffentlichen Hand nicht als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter im rechtlichen Sinne gewertet werden. Dies hat der BGH in einem Fall, der auch den Elternunterhalt betraf, vor kurzem nochmals klargestellt¹⁰¹ und nichts anderes kann für eine Rechtswahlvereinbarung gelten. Vor allem aber stellt allein die Belastung der öffentlichen Haushalte an sich keinen Grund für die Annahme eines Ordre-Public-Verstoßes dar. Es handelt sich dabei nämlich um ein fiskalisches Problem, das zwar mit der Nichtgewährung von Unterhalt eng verwoben ist, jedoch nicht mit dessen Beurteilung verbunden werden darf.¹⁰² Denn auch die Versagung von Unterhalt nach deutschem Recht führt häufig zur Einstandspflicht der Sozialleistungsträ-

98 Dazu BGH NJW 1991, 2212, 2213 f. = FamRZ 1991, 925; OLG Hamm, FamRZ 1999, 1142 f.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 1367 = FamRZ 1997, 1404; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 1346, 1374 = FamRZ 1989, 748; OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 1191 f.; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 344.

99 OLG Hamm, NJW-RR 1999, 950, 951 = FamRZ 2000, 31.

100 Dazu oben S. 53 f.

101 BGH NJW 2009, 1346; so schon BGH NJW-RR 2003, 577, 578 = FamRZ 2004, 690; anders noch BGH NJW 2002, 440 = FamRZ 2002, 1178.

102 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 386 m.w.N.

ger¹⁰³, dasselbe gilt – wie beschrieben – in den Fällen des Elternunterhalts, der inzwischen nur noch unter sehr restriktiven Voraussetzungen geschuldet wird. Und schließlich ist auch hier die Korrelation mit dem internationalen Recht zu beachten. Wenn die bloße Nichtgewährung von Unterhalt als solche nicht über den Ordre-Public-Vorbehalt korrigiert werden kann, darf dieses Ergebnis auch nicht „durch die Hintertür“ erreicht werden, indem man sich auf die Einstandspflicht der öffentlichen Hand bezieht. Denn die Einstandspflicht öffentlicher Kassen ist die Regel, wenn Unterhaltsansprüche – mit oder ohne Rechtswahl – nicht bestehen.

e) Ausreichender Schutz durch Art. 8 HUP

Über die bisher erwähnten Aspekte hinaus spricht jedoch vor allem die konkrete Ausgestaltung der Rechtswahlmöglichkeiten in Art. 8 HUP 2007 gegen eine nachträgliche Ergebniskorrektur über den Ordre-Public-Vorbehalt. Zum Ersten ist nämlich zu berücksichtigen, dass nicht jede beliebige Rechtsordnung gewählt werden kann, sondern nur eine solche mit einem qualitativen Bezug zur jeweiligen Unterhaltsbeziehung. Im Hinblick auf den Elternunterhalt ist dies – wie erwähnt – das Heimatrecht eines der Beteiligten oder das Recht des Staates, in dem eine Partei zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Damit ist die Wahlmöglichkeit gewissermaßen auf „nachvollziehbare“ Rechtsordnungen beschränkt. Eine solche Beschränkung auf bestimmte Sachrechte, deren Anwendung man im konkreten Fall für „vernünftig“ hält, gebietet zugleich aber auch die vorbehaltlose Akzeptanz des daraus folgenden Rechtsanwendungsergebnisses. Die Rechtswahl bräuhete nämlich nicht von vornherein kanalisiert werden, wenn die den Parteien damit in die Hand gegebene Autonomie unter demselben Vorbehalt stünde, wie die mehr oder weniger zufällige objektive Anknüpfung nach den Art. 3–6 HUP 2007. Auch die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit betreffend das materiellrechtliche Ergebnis, die eine Rechtswahl darüber hinaus gewährleisten soll¹⁰⁴, wäre dann nicht mehr zu erreichen.

Zum Zweiten sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Wahl von Bedeutung. Die Formvorschrift des Art. 8 Abs. 2 HUP 2007 hat sicher zuvörderst eine Nachweisfunktion, weil die Möglichkeit der späteren Einsichtnahme besonders betont wird. Gleichwohl hat und erfüllt sie auch die übliche Aufgabe des Übereilungsschutzes, damit die Parteien sich gut überlegen können, worauf sie sich einlassen.¹⁰⁵ Wo eine Partei aufgrund ihres gesundheitlichen Zustandes oder ihrer persönlichen Lage nicht imstande ist, ihre Interessen zu schützen, kommt – drittens – eine Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 3 HUP 2007 nicht in Betracht. Es ist nicht ganz eindeu-

103 So zu Recht OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367.

104 Nochmals Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 70

105 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 75; allgemein zur Aufgabe von Formvorschriften *Einsele*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 126, BGB Rn. 1; *Hertel*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2004, § 127 BGB, Rn. 66 ff.

tig, ob die Norm auch eingreift, wenn die Beeinträchtigungen erst nach der Rechtswahl eintreten; die Formulierung der Bestimmung, wonach Absatz 1, in dem es ja um die Rechtswahl als solche geht, unter den erwähnten Bedingungen keine Anwendung findet, spricht eher dafür, die in unbeeinträchtigtem Zustand getroffene Wahl unberührt zu lassen.

Dieser Schutz steht – zum Dritten – in Verbindung mit Art. 8 Abs. 5 HUP 2007, wonach offensichtlich unbillige oder unangemessene Ergebnisse der Rechtswahl nur akzeptiert werden, wenn die betroffene Partei ihre Wahl umfassend unterrichtet und im Bewusstsein der späteren Folgen getroffen hat. Im Explanatory Report wird dieses Erfordernis ausdrücklich damit begründet, dass die Rechtswahl für Gläubiger auch den vollständigen Entzug des Unterhalts oder aber dessen erhebliche Beschränkung zur Folge haben kann.¹⁰⁶ Die Vorschrift zeigt deutlich, dass der Ordre-Public-Schutz im Falle der Rechtswahl nicht auf eine nachträgliche Kontrolle angelegt ist, sondern präventiv in die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Wahl implementiert ist. Insbesondere das Abstellen auf die offensichtliche Unbilligkeit dokumentiert die Funktionsgleichheit von Art. 8 Abs. 5 und der allgemeinen Ordre-Public-Klausel des Art. 13 HUP 2007, die einen offensichtlichen Widerspruch zur öffentlichen Ordnung des Forumstaates verlangt. Damit bleibt für eine Anwendung des allgemeinen Ordre-Public-Vorbehalts im Falle der Rechtswahl nach dem Prinzip *lex specialis derogat legi generali* kein Raum; vielmehr entfaltet er seine Bedeutung lediglich im Bereich der objektiven Anknüpfung. Zwar schützt Art. 8 Abs. 5 HUP 2007 seinem Wortlaut nach nur die Parteien der Unterhaltsbeziehung und damit im Übrigen auch den Schuldner. Die öffentlichen Kassen im Aufenthaltsstaat des Unterhaltsgläubigers werden demgegenüber nicht erwähnt. Sie sind jedoch, wie gezeigt¹⁰⁷, als solche bei der Anwendung der Ordre-Public-Klausel außer Betracht zu lassen.

Dennoch übersieht – fünftens – das HUP 2007 nicht die Notwendigkeit, die Sozialleistungsträger des Staates zu schützen, in dem sich der Unterhaltsgläubiger gewöhnlich aufhält. Denn Art. 8 Abs. 4 lässt über die Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts das Recht eben jenes Staates entscheiden und sichert so eine Korrelation von sozialer Sicherung auf der einen und Zulässigkeit von Unterhaltsverzicht auf der anderen Seite. Diese Bestimmung aber meint eben nur den materiellrechtlichen Verzicht und nicht auch die kollisionsrechtliche Rechtswahl. Zwar kann diese – wie das eingangs erwähnte Beispiel zeigt – zu denselben Resultaten führen. Hätten die Väter und Mütter des HUP 2007 aber auch hier eine diesbezügliche Regelung für erforderlich gehalten, wäre es ein Leichtes gewesen, diese in das Protokoll aufzunehmen. Die nunmehr verbindlich gewordene Ausgestaltung der Rechtswahlvorschriften mit unterschiedlichen Vorgaben für dieselben Risiken lässt bei einer systematischen Betrachtung nur den Schluss zu, dass für den nicht geregelten Fall der Rechtswahl ein Vorbehalt für das Recht des Aufenthaltsstaates eben nicht bestehen sollte und deshalb auch nicht via Ordre Public bewirkt werden kann. Auch diese

¹⁰⁶ Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 76.

¹⁰⁷ Siehe oben S. 57 f.

Zusammenhänge zeigen nochmals, dass ein Fehlen von Unterhaltsansprüchen allein wegen des objektiven Inhalts des anwendbaren Rechts für die Vertragsstaaten des HUP 2007 hinzunehmen ist. Das gilt für die objektive Anknüpfung ebenso wie für die Rechtswahl.

A. „Wie hältst Du's mit dem Elternunterhalt?“

Nach diesem Blick in die kollisionsrechtliche Zukunft des Unterhaltsrechts wollen wir uns nun – in der gebotenen Kürze – einigen rechtsvergleichenden Betrachtungen zuwenden. Dabei kann man mit gutem Grund die gewissermaßen unterhaltsspezifische Gretchenfrage stellen: „Wie hältst Du's mit dem Elternunterhalt?“ Denn anders, als die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern und zwischen Ehegatten, sind Unterhaltsansprüche der Eltern gegenüber ihren Kindern nicht in derselben Weise international anerkannt und gewährleistet. Namentlich für Dänemark, Schweden, England, Wales, Irland oder Schottland lässt sich konstatieren, dass in diesen Privatrechtsordnungen ein Aszendentenunterhalt nicht vorgesehen ist.¹⁰⁸ Dabei fällt auf, dass im Gegenzug auch die Unterhaltsverpflichtungen der Eltern gegenüber ihren Kindern beschränkt sind, zumeist auf das Erreichen des 18. Lebensjahres bzw. den Abschluss einer ersten beruflichen Ausbildung. Offenbar steht dahinter eine starke Betonung des Selbstverantwortungsgedankens, der ja auch dort, wo Elternunterhalt rechtlich vorgesehen ist, als Argument für Restriktionen oder auch die Abschaffung des Elternunterhalts ins Feld geführt wird: Erwachsene Menschen, gleichviel ob es sich um Eltern oder eben um volljährige Kinder handelt, sind danach für ihre individuelle Lebensgestaltung selbst verantwortlich und können im Fall des Versagens oder Scheiterns nicht auf ihre Verwandtschaft in auf- oder absteigender Linie zurückgreifen.¹⁰⁹ Auch Norwegen und verschiedene Bundesstaaten der USA kennen keine Unterhaltsverpflichtung der Kinder gegenüber ihren Eltern, während in anderen US-Bundesstaaten solche Bestimmungen zwar existieren, allerdings keine praktische Relevanz entfalten.¹¹⁰

Demgegenüber existieren in der überwiegenden Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen gesetzlich verankerte Ansprüche auf Elternunterhalt. Dies ist vor dem Hintergrund der maßgeblichen rechtshistorischen Entwicklung auch folgerichtig. Denn im römischen und kanonischen Recht waren Unterhaltspflichten der Kinder im Hinblick auf ihre Eltern unbestritten, weil den Eltern für die von ihnen erbrachten Leistungen Dankbarkeit, Anerkennung und Respekt geschuldet waren, die sich ganz praktisch eben in einer unterhaltsrechtlichen Beistandspflicht niederschlugen; im Übrigen spielte hierfür auch die künftige Erbenstellung der Kinder eine

108 Einen kursorischen rechtsvergleichenden Überblick bietet *Hauß* (Fn. 24), S. 274 ff. (Rn. 742 ff.)

109 So *Koller*, in: BK-ZGB, 3. Aufl. 2006, Art. 328/329 N. 5a; *ders.*, FamPra 2007, 765, 776 f.

110 *Frank*, FamRZ 2009, 649, 652 m.w.N.

Rolle, sodass die Abkömmlinge noch vor ihren – wenn überhaupt noch lebenden – Großeltern in die Pflicht genommen wurden.¹¹¹

Trotz der grundsätzlichen Akzeptanz des Elternunterhalts in den meisten europäischen Rechtsordnungen bestehen gleichwohl graduelle bis essentielle Unterschiede in dessen konkreter Ausgestaltung. So begründet etwa der französische Code Civil eine recht rigide Haftung der Kinder, die ihnen kein Schonvermögen belässt, gleichwohl aber die Verwendung ihrer Einkünfte nach Entstehung der Unterhaltspflicht erheblichen Einschränkungen unterwirft.¹¹² Der italienische Codice Civile zieht den Kreis der unterhaltsverpflichteten Personen sehr weit und statuiert einen Unterhaltsanspruch z.B. auch gegenüber Schwiegerkindern; dafür steht dem Berechtigten lediglich das zu, was zum Leben unbedingt notwendig ist; außerdem ist der weite Kreis der denkbaren Unterhaltsschuldner vor einem Regress durch Sozialleistungsträger geschützt, weil der Unterhaltsanspruch höchstpersönlicher Natur und deshalb nicht übertragbar ist. Ein Schutz entfernter oder angeheirateter Verwandter wird außerdem dadurch bewirkt, dass die Unterhaltspflichtigen in verschiedene Rangklassen unterteilt sind und die Mitglieder einer nachrangigen Gruppe erst in Anspruch genommen werden können, wenn die Angehörigen der vorangehenden Klasse nicht leistungsfähig sind oder ganz fehlen. Im Übrigen rangieren hier die Kinder des Bedürftigen – ganz nach römisch-rechtlichem Vorbild – vor dessen Eltern.¹¹³ Abschließend sei ein Ausflug in das niederländische Recht unternommen: Hier besteht eine interessante Besonderheit im Hinblick auf die Regressmöglichkeiten des Unterstützung leistenden Sozialhilfeträgers. Dieser kann nämlich für seine Zuwendungen insbesondere bei den volljährigen Kindern des Bedürftigen keinen Rückgriff nehmen; dasselbe gilt korrespondierend für die Eltern volljähriger Unterhaltsgläubiger.¹¹⁴ Diese Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher Unterhaltspflicht auf der einen und sozialrechtlicher Regresspflicht auf der anderen Seite, die in den Niederlanden das Ergebnis eines Ausbaus des Sozialstaates und einer Verschiebung von der Familien- zur Staatsfürsorge ist, führt im Ergebnis dazu, dass Kinder ihren Eltern nur dann Unterhalt leisten müssen, wenn sie auch direkt von diesen in Anspruch genommen werden. Schon wegen der dadurch erst begründeten Unterhaltslast dürfte dies kaum einmal der Fall sein.

111 Koch, Unterhaltspflichten in rechtshistorischer Sicht, in: Schwab/Henrich, (Fn. 2), S. 9, 19 f.

112 Hauß (Fn. 24), S. 276, Rn. 747.

113 Zum Ganzen Gabrielli, Die Unterhaltspflicht im italienischen Recht, in: Schwab/Henrich (Fn. 2), S. 105, 109 ff., 114 ff., 123 f.; Hauß (Fn. 24), S. 276 f., Rn. 751 f.

114 Breemhaar, Familiäre Solidarität in den Niederlanden, in: Schwab/Henrich (Fn. 2), S. 129, 131 f.

B. Nicht nur ein Steuerparadies: Elternunterhalt in der Schweiz

I. Grundzüge der Verwandtenunterstützungspflicht

1. Privates und öffentliches Unterhaltsrecht

Zu den europäischen Staaten, die grundsätzlich eine finanzielle Beistandspflicht der Kinder für ihre in Not geratenen Eltern vorsehen, zählt auch die Schweiz. Bei dieser Einstandspflicht handelt es sich formaljuristisch jedoch nicht um eine Unterhaltspflicht, da Unterhalt nur im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern (Art. 276 ff. ZGB) und zwischen Ehegatten (Art. 159 Abs. 2, 163 ZGB) geschuldet wird. Hier- von ist die Verwandtenunterstützungspflicht nach den Art. 328 bis 330 ZGB zu unterscheiden; in der Sache handelt es sich dabei freilich um nichts anderes als den in den §§ 1601 ff. BGB geregelten Verwandtenunterhalt nach deutschem Recht. Dies zeigt ein erster Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Unterstüt- zungspflicht: Nach Art. 328 Abs. 1 ZGB ist derjenige, der in günstigen Verhältnis- sen lebt, verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Nach Art. 329 Abs. 1 ZGB ist der Unterstützungsanspruch auf Leistungen gerichtet, die zum Lebensunterhalt des Be- dürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen sind. Die Parallele zum deutschen Recht, das mit den Begriffen Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) auf der einen und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite (§ 1603 BGB) die Vo- raussetzungen und Grenzen des verwandtschaftlichen Unterhaltsanspruchs um- schreibt, ist unverkennbar. Interessanterweise normiert Art. 329 Abs. 1 ZGB auch ausdrücklich und direkt den Zusammenhang zwischen Unterhaltspflicht und Erbbe- rechtigung, der sich im deutschen Recht nur aus einer Gesamtschau der §§ 1606, 1924 ff. BGB ergibt.

Ähnlich wie hierzulande gibt es neben der privatrechtlich geregelten Unterstüt- zungspflicht für Personen in Notlagen aber auch eine öffentlich-rechtlich begründete Hilfsverpflichtung des Staates. Diese ist *expressis verbis* in Art. 12 der Schweizeri- schen Bundesverfassung verankert, wonach Menschen, die in Not geraten sind und nicht mehr für sich sorgen können, Anspruch auf Hilfe und Betreuung sowie auf diejenigen Mittel haben, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.¹¹⁵ Die Regelungskompetenz der Einzelheiten der Sozialhilfe liegt dabei jedoch – an- ders als in Deutschland – nicht beim Bund, sondern bei den einzelnen Kantonen, die

¹¹⁵ Zur privat- und öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Unterhaltsrechts „im weiteren Sin- ne“ vgl. *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329 Rn. 1; *Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, ■13. ■Aufl. 2009, § 46, Rn. 1.

ihrerseits die Materie in die Hände der Gemeinden legen können. So konnte z.B. die Stadt Zürich Ende Mai 2009 festlegen, dass der erstmalige Antrag von arbeitsfähigen Personen auf Gewährung von Sozialhilfe erst dann endgültig bewilligt wird, wenn sie ein vierwöchiges Beschäftigungsprogramm absolviert haben. Ohne auf Einzelheiten einzugehen, seien im Hinblick auf die hier interessierende Hilfsbedürftigkeit älterer Menschen die allgemeine und die besondere Sozialhilfe erwähnt. Erstere sichert nach § 15 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich (SHG-ZH) das soziale Existenzminimum unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse des Antragstellers. Sie füllt damit die Funktion aus, die in Deutschland der Grundsicherung im Alter nach §§ 41 ff. SGB XII zugewiesen ist. Die besondere Sozialhilfe nach § 15 Abs. 2 des SHG-ZH greift dann ein, wenn ärztliche oder therapeutische Behandlungen oder Pflegemaßnahmen notwendig werden, für deren Kosten die betroffene Person aus eigenen Mitteln nicht aufkommen kann. Damit bildet die besondere Sozialhilfe unter anderem das Äquivalent zur deutschen Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff. SGB XII. Beide Formen greifen nach § 14 SHG-ZH dann ein, wenn die betroffene Person ihren Lebensunterhalt und den ihrer Familie nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln bestreiten kann.¹¹⁶ Die Konkretisierung des Leistungsbedarfs erfolgt aufgrund der Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS)¹¹⁷, die im Kanton Zürich etwa durch § 14 Abs. 1 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz (SHV) für maßgeblich erklärt werden. Danach sind exklusive Wohnkosten und medizinischer Grundversorgung für einen 1-Personen-Haushalt 960 CHF, für einen 2-Personen-Haushalt 1.469 CHF und für einen 3-Personen-Haushalt 1.786 CHF empfohlen (B.2.2.).

In der Regelungsbefugnis der Kantone liegt es darüber hinaus vor allem, in welchem Verhältnis die Sozialhilfe zur bundesrechtlich verankerten Verwandtenunterstützungspflicht nach dem ZGB steht. Soweit ersichtlich, gehen alle kantonalen Sozialhilfegesetze von einem Nachrang der Sozialleistungen gegenüber der Verwandtenunterstützung aus.¹¹⁸ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass – wie auch in Deutschland – die Subsidiarität ein tragendes Prinzip des schweizerischen Sozialhilferechts ist.¹¹⁹ Diesem Nachrang der Sozialhilfe entspricht es, dass nach Art. 289 Abs. 2 i.V.m. Art. 329 Abs. 3 ZGB der Anspruch auf Verwandtenunterstützung im Wege der *cessio legis* auf den Sozialhilfeträger übergeht, sofern dieser Leistungen an die unterstützungsbedürftige Person erbringt. Trotz dieser bundesgesetzlichen Regelung steht es aber wieder im Ermessen der Kantone festzulegen, ob und wann dieser übergegangene Anspruch gegen etwaige Unterstützungspflichten

116 Zu diesen Aspekten des Sozialhilferechts in der Schweiz *Widmer*, *successio* 2008, 168, 170; *Hänzi*, in: *Häfeli*, Das Schweizerische Sozialhilferecht, 2008, S. 91 ff., verwendet die Terminologie "generelle und individuelle Sozialhilfe".

117 <http://www.skos.ch>.

118 So etwa § 25 SHG-ZH; eine Übersicht über die kantonalen Regelungen gibt *Widmer*, Verhältnis der Verwandtenunterstützung zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, 2001, S. 114 ff.

119 *Häfeli*, in: *ders.* (Fn. 116), S. 73 ff.; *Rüegg*, in: *Häfeli* (Fn. 116), S. 46 f.; *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: *Jusletter* 18.5.2009, S. 3; *dies.*, *successio* 2008, 168, 169.

ge geltend gemacht wird; die SKOS-Richtlinien empfehlen unter F.1 die grundsätzliche Geltendmachung aller zulässigen finanziellen Ansprüche gegenüber Dritten. Zur Subsidiarität des Sozialhilfeanspruchs gehört es im Übrigen, dass der öffentliche Leistungsträger – im Kanton Zürich also die politischen Gemeinden – wenn möglich vor der Leistungsgewährung an unterstützungspflichtige Verwandte herantritt; die Notwendigkeit, Sozialhilfe in der jeweiligen Notsituation rechtzeitig zu gewährleisten, führt jedoch praktisch in der Regel zu einer Priorität und nicht Subsidiarität der Sozialhilfe.¹²⁰

2. Notbedarf und „günstige Verhältnisse“ im Überblick

Die Anwendungsprobleme der Art. 328 ff. ZGB sind im Kern dieselben wie diejenigen der §§ 1601 ff. BGB. Verhältnismäßig einfach lässt sich noch die Frage beantworten, wann eine Notlage des Betroffenen vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn er sich das zu seinem Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft verschaffen kann.¹²¹ Diese Definition ähnelt sehr der Formulierung in § 1602 Abs. 1 BGB. Die Untergrenze des Notbedarfs ist das so genannte betriebsrechtliche Minimum; das, was sogar das Vollstreckungsrecht, das ja vor allem den Interessen der Gläubiger Rechnung tragen soll, einem Schuldner belässt, entspricht in jedem Fall und unabhängig von den individuellen Bedürfnissen des Anspruchstellers dem, was zum Leben notwendig ist. Demgegenüber endet die familienrechtliche Unterstützungspflicht dann, wenn dem Bedürftigen das so genannte sozialhilferechtliche Existenzminimum zur Verfügung steht, das sich nach den erwähnten SKOS-Richtlinien¹²² bestimmt. Ohne ins Detail zu gehen, lässt sich festhalten, dass ein Anspruch auf Sozialhilfe besteht, wenn Einkünfte und Vermögen – soweit es einzusetzen ist – den Grundbedarf für den Lebensunterhalt, aber auch Krankheits- und Pflegekosten nicht decken (A.6 der SKOS-Richtlinien). Damit sind die für den Bereich des Elternunterhalts so typischen Szenarien erfasst, in denen sozialversicherungsrechtliche Leistungen im Alter für den Lebensbedarf nicht ausreichen, weil sie aufgrund von niedrigen Löhnen oder Lücken in der Erwerbsbiografie zu gering ausfallen oder weil ihnen exorbitante Pflegekosten gegenüberstehen.¹²³ Natürlich entfalten die SKOS-Richtlinien keine unmittelbare rechtliche Bedeutung für den Notbedarf im familienrechtlichen Sinne, weil sie eben nur für die Leistungsgewährung durch den Sozialhilfeträger maßgeblich sind; dennoch hat das Bundesgericht unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung entschieden, dass Verwandte aufgrund

120 Dazu *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: *Jusletter* 18.5.2009, S. 3, 5; *dies.*, *successio* 2008, 168, 170 f.; vgl. auch F.2 der SKOS-Richtlinien.

121 BGE 121 III 441, 442; 106 II 287, 292.

122 Siehe oben Fn. 117.

123 Umgekehrt besteht keine Unterstützungspflicht, wo ausreichende Sozialversicherungsleistungen zur Verfügung stehen, weil in diesem Fall eben keine Notlage besteht, vgl. BGE 133 III 507, 509; *Koller*, *FamPra.ch* 2007, 769, 772.

der Art. 328 ff. ZGB nicht stärker in Anspruch genommen werden dürfen als das zuständige Gemeinwesen auf Basis des jeweiligen Sozialrechts.¹²⁴

Bei weitem interessanter ist – wie auch in der deutschen Rechtspraxis – die Frage, wann ein grundsätzlich unterstützungspflichtiges Familienmitglied dergestalt in günstigen Verhältnissen lebt, dass es auch tatsächlich in Anspruch genommen werden kann. Der ausländische Betrachter erhält beim Studium von Judikatur und Literatur zu diesem Tatbestandsmerkmal eine interessante Lektion zum schweizerischen Selbstverständnis. Günstige Verhältnisse herrschen nämlich nur für den, der im Wohlstand lebt.¹²⁵ Eine Leistungspflicht der Verwandten kommt danach nur in Betracht, wenn sie keine wesentliche Beeinträchtigung der wohlhabenden Lebensführung nach sich zieht.¹²⁶ Es bleibt, wie so oft in komplexen Sachverhalten, von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wann diese Grenze erreicht ist. Nach der letzten Revision der Verwandtenunterstützungspflicht im Jahre 1998 gab es jedenfalls keine Entscheide, die einen Unterstützungsanspruch von Eltern gegenüber ihren Kindern betrafen.

Jedoch ist diese Gesetzesänderung, die als Annex mit einer Reform des Scheidungsrechts einherging, in allgemeiner Hinsicht von Bedeutung. Denn mit ihr wurde die Unterstützungspflicht unter Geschwistern abgeschafft, die zuvor existierte, aber unter dem Vorbehalt günstiger Verhältnisse bei dem in Anspruch genommenen Geschwisterkind stand. Dieser Vorbehalt wurde dann jedoch für alle Unterstützungspflichtigen eingeführt, für die er zuvor nicht gegolten hatte. Dies lässt alles in allem den Schluss zu, dass der Gesetzgeber zwar der nicht selten erhobenen Forderung nach Abschaffung der Verwandtenunterstützungspflicht nicht nachkommen, gleichwohl aber ein Zeichen für ihre restriktive Handhabung in der Praxis setzen wollte. Dieses Signal greifen seit Dezember 2008 offensichtlich auch die aktuellen SKOS-Richtlinien auf, wenn sie den Sozialhilfeträgern vorschlagen, Beitragspflichten nur noch bei solchen Verwandten zu prüfen, die nach den Angaben der Steuerbehörden überdurchschnittliche Einkommen beziehungsweise Vermögen aufweisen. Im Hinblick auf das Einkommen gelten danach Freibeträge von jährlich 120.000 CHF für Alleinstehende und von 180.000 CHF für Verheiratete, wobei für jedes minderjährige oder auszubildende Kind 20.000 CHF jährlich hinzuaddiert werden. Bezüglich des steuerbaren Vermögens gilt für Alleinstehende ein Freibetrag von 250.000 CHF, für Verheiratete von 500.000 CHF, jeweils zuzüglich 40.000 CHF für jedes Kind. Auch hier sind diese Vorgaben zuerst Ermessensleitlinien für die Träger der Sozialhilfe und können deshalb nicht das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Anspruchs aus Art. 328 ZGB determinieren.¹²⁷ Allerdings hat das Bundesgericht die

124 BGE 132 III 97, 103; zustimmend *Koller*, FamPra.ch 2007, 769, 781 mit Fn. 60.

125 *Breitschmid/Vetsch*, in: *Breitschmid/Rumo-Jungo*, Handkommentar ZGB, 2010, Art. 328–329, Rn. 16; *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 15b; *Schwander*, in: *Kostkiewicz/Schwander/Wolf*, Handkommentar ZGB, 2006, Art. 328, Rn. 4.

126 *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 15b.

127 Kritisch deshalb *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: Jusletter 18.5.2009, S. 5 ff.

Berücksichtigung der Richtlinien bei der Rechtsanwendung der Zivilgerichte ausdrücklich zugelassen.¹²⁸

Aber auch unabhängig von diesen hohen Stellenwerten war die Verwaltungspraxis in den Kantonen bei der Geltendmachung von Regressansprüchen grundsätzlich sehr zurückhaltend. Zwar gab es stets Unterschiede in der kantonalen Praxis, sowohl im Hinblick auf die Prüfung etwaiger Unterstützungspflichten vor Ausreichung einer Sozialleistung als auch hinsichtlich der Geltendmachung des übergegangenen Anspruchs nach Gewährung der Sozialhilfe. Dennoch wurden für den Zwölfjahreszeitraum von 1987 bis 1998 lediglich 183 Klagen von Sozialleistungsträgern gezählt, was einem Anteil von 88% der insgesamt 208 eingebrachten Klagen entsprach.¹²⁹

II. Ergänzungsleistungen zur AHV/IV

Die eingangs angedeuteten paradiesischen Zustände resultieren jedoch nicht in erster Linie aus dem niedrigen Regresseifer der Behörden und den großzügigen Freibetragsgrenzen. Auch wenn letztere natürlich das Bestreben zum Ausdruck bringen, Unterstützungspflichten für bedürftige Verwandte möglichst zu vermeiden, darf nicht übersehen werden, dass diese Schwellenwerte in der Schweiz nicht selten erreicht werden. Für die faktisch vollständige unterhaltsrechtliche Verschonung von Nachkommen ist maßgeblich ein anderes sozialrechtliches Institut in der Schweiz verantwortlich: die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV. Dabei handelt es sich um ein beitragsunabhängiges Instrument, das zwischen den Ansprüchen aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge auf der einen und der armenrechtlichen Sozialhilfe auf der anderen Seite steht. Bereits früh, nämlich im Jahre 1966, hatte man bei den Eidgenossen erkannt, dass die Leistungen der Sozialversicherung möglicherweise nicht ausreichen, um den Lebensbedarf der Menschen vor allem nach Abschluss ihrer beruflichen Tätigkeit zu decken. Zunächst waren die Ergänzungsleistungen nur als Provisorium konzipiert, weil Art. 112 Abs. 2 lit. b) BV existenzsichernde Altersrenten vorschrieb. Obwohl dieser Wunschtraum selbst in der Schweiz zu keinem Zeitpunkt Lebenswirklichkeit geworden ist, gilt Art. 112a BV, der nun auch die Ergänzungsleistungen in der Verfassung verankert, erst seit dem 1.1.2008. Korrespondierend hierzu trat am selben Tage ein neues ELG¹³⁰ in Kraft, das die Vorgängerregelung aus dem Jahre 1965 aufhob.

128 BGE 132 III 97, 103.

129 Widmer (Fn. 118), S. 114 ff.; Koller, FamPra.ch 2007, 769, 773 f., betont einerseits die geringe absolute Zahl der zwangsweise durchgesetzten Regressansprüche, weist gleichwohl aber – verglichen mit der Zeit zwischen 1950 und 1990 – auf eine verschärfte Rückgriffspraxis und damit verbunden auf die „Reprivatisierung des Lebensunterhaltsrisikos“ hin.

130 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG), SR 831.30.

Wie der Name schon verrät, knüpfen das Gesetz und mit ihm die darin vorgesehenen Leistungen unmittelbar an die Sozialversicherungen an; sie haben also dasselbe Risiko im Blick, nämlich Alter, Tod und Invalidität. Nur wer einen diesbezüglichen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch hat, profitiert auch von Ergänzungsleistungen, wenn ohne sie eine angemessene Lebensführung nicht möglich ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a ELG). In der Regel ist die Altersrente der Schweizerinnen und Schweizer jedoch ausreichend.¹³¹ Daher entfalten die Ergänzungsleistungen ihre besondere praktische Relevanz vor allem als Zusatz zur Invalidenvorsorge und im sehr alten Bevölkerungssegment, das überproportional häufig in Pflegeheimen versorgt werden muss. Etwa seit 1987 übernimmt das System Ergänzungsleistungen mehr und mehr die Rolle einer allgemeinen Pflegeversicherung.¹³² Damit zeigt sich im deutsch-schweizerischen Rechtsvergleich ihre Funktionsäquivalenz zum Elternunterhalt: Auch dieser wird ja ganz überwiegend nur dann virulent, wenn der Sozialhilfeträger aufgrund hoher Pflegekosten eintreten musste und nun gegen die Nachkommen vorgeht.

Gerade Letzteres ist nach Schweizer Modell nicht möglich. Ganz bewusst wird der Anspruch auf Ergänzungsleistungen – obwohl steuerfinanziert – einem sozialversicherungsrechtlichen Anspruch gleichgestellt. Dahinter steht offenbar eine besondere Achtung der Schweizer Gesellschaft vor dem Alter und vor den Menschen, die ihr Erwerbsleben hinter sich haben. Man will ihnen den so genannten „Gang auf’s Amt“ ersparen und legt Wert auf die Feststellung, dass Ergänzungsleistungen nichts mit der Sozialhilfe des Armenrechts zu tun haben. Die im hier interessierenden Kontext bedeutsamste Konsequenz daraus ist die Priorität – und eben nicht die Subsidiarität – der Leistungen im Verhältnis zur Verwandtenunterstützung. Bei der Gegenüberstellung anerkannter Ausgaben und abziehbarer Einnahmen, die der Anspruchsberechnung zugrunde liegt, bleiben Unterstützungsleistungen nach Art. 328 ff. ZGB außer Betracht (Art. 12 Abs. 3 lit. a ELG); insbesondere findet – folgerich-

131 Im Jahre 2007 haben schweizweit 155.600 Personen Ergänzungsleistungen zur Altersversicherung bezogen, wovon 21.715 auf den Kanton Zürich entfielen (vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft – Bundesamt für Sozialversicherungen, Statistik der Ergänzungsleistung zur AHV und IV 2007, S. 1, 29, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.110813.pdf>. Der Anteil der Personen über 64 Jahre beträgt dagegen 15,4% bzw. 1,245 Mio. (vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft – Bundesamt für Statistik, Bevölkerung nach Alter, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/key/alter/-gesamt.html>. In Deutschland haben im selben Jahr 732.602 von 16,5 Mio. Menschen Leistungen zur Grundsicherung im Alter bezogen (vgl. Bundesamt für Statistik, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Content75/AltersgruppenFamilienstand,templateId=renderPrint.psml> und http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Sozialleistungen/Sozialhilfe/Tabellen/Content50/Grundsrg__Insg__Quote__Laender,templateId=renderPrint.psml).

132 Im Jahre 2009 waren in der Schweiz etwa 136.000 Menschen pflegebedürftig, vgl. *Bundesamt für Statistik*, Sozialmedizinische Institutionen – Daten, Indikatoren: Betagte Personen, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/04/02/key/01.html>.

tig – kein Forderungsübergang auf das Gemeinwesen statt, weshalb im Ergebnis auch keine Möglichkeit zum Regress bei den Verwandten besteht.¹³³

Rückgriffsmöglichkeiten bestehen nur, wenn auch die Ergänzungsleistungen nicht ausreichen, um die grundsätzlich erfassten Heimpflegekosten (Art. 10 Abs. 2 ELG) zu tragen, und die Sozialhilfe für die Differenz eintreten muss. Dies war bis zum Jahre 2007 noch ein mögliches Szenario, weil die Beteiligung an Pflegekosten auf einen bestimmten Betrag begrenzt werden konnte. Seit dem 1.1.2008 ist auch diese Beschränkung gefallen, so dass Heimkosten nun in voller Höhe übernommen werden. Hierfür müssen nach dem maßgeblichen Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen vor allem Letztere aufkommen; da ihnen aber auch die Kompetenz zur Regelung und Organisation des Pflegesektors zusteht, sind sie in der Lage, durch entsprechende kosteneffiziente Strukturen ihren finanziellen Aufwand für Ergänzungsleistungen zu reduzieren.

Damit lässt sich festhalten, dass der Elternunterhalt, wie er Gegenstand dieses Beitrags und dieser Veranstaltung ist, in der Schweiz in der überwiegenden Zahl der Fälle keine Rolle mehr spielt.¹³⁴ Vielmehr sind die Lebenskosten der älteren Generation, soweit sie nicht aus deren eigenen Mitteln bestritten werden können, unabhängig von der Realisierung des Pflegerisikos sozialisiert worden. Man ist versucht, von einem „Paradies für Kinder“ zu sprechen, und darf dabei aber nicht vergessen, dass damit auch für die Eltern eine komfortable Situation geschaffen wurde. Andererseits darf die Bindung der Ergänzungsleistungen an einen Anspruch aus der Alters-, Hinterlassenen- oder Invalidenversicherung nicht aus dem Blick geraten; wer nicht nach den Art. 1, 2 AHVG¹³⁵ obligatorisch bzw. freiwillig versichert war oder – vor allem – das nach Art. 21 AHVG anspruchsbegründende Alter von 65 Jahren für Männer und 64 Jahren für Frauen¹³⁶ noch nicht erreicht hat, hat kein Anrecht auf Altersrente und damit auch nicht auf Ergänzungsleistungen. Etwas anderes gilt nur für diejenigen, die allein deshalb keine Rente beziehen, weil sie die Mindestbeitragszeit nicht erfüllen (Art. 4 Abs. 1 lit. b ELG).¹³⁷

133 Zur Subsidiarität der Verwandtenunterstützung gegenüber den Ergänzungsleistungen vgl. BGE 116 V 328, 331; *Koller* in: BK-ZGB (Fn. 109), Rn. 39; *ders.*, FamPra.ch 2007, 769, 772.

134 So ausdrücklich auch *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: Jusletter 18.5.2009, S. 2.

135 Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), SR 831.10.

136 Die Erhöhung des Frauenrentenalters ist mit der 11. AHV-Revision im Nationalrat gescheitert (vgl. NZZ vom 1.10.2010, Links und Rechts versenken die 11. AHV-Revision, http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/rentenalter_65_fuer_frauen_vorerst_vom_tisch_1.7765615.html).

137 Allgemein zur Bezugsberechtigung für Ergänzungsleistungen *Carigiet/Koch*, Ergänzungsleistungen zur AHV/IHV, 2. Aufl. 2009, S. 113 ff.; *Widmer*, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 6. Aufl. 2008, S. 110 f.

III. Kritik an der Verwandtenunterstützungspflicht

Diese Umstände rücken auch die heftige Kritik der Schweizer Literatur, zumindest aber das Drängen auf restriktive Anwendung der Art. 328 ff. ZGB in ein besonderes Licht. Mit dem faktischen Ausscheiden der Elternunterstützung aus dem Spektrum der Art. 328 ff. ZGB konzentriert sich nämlich die Praxisrelevanz der Verwandtenunterstützung vor allem auf Ansprüche allein erziehender junger Mütter bzw. arbeitsloser oder drogenabhängiger¹³⁸ Erwachsene gegen ihre (Groß-)Eltern.¹³⁹ In diesen Konstellationen mag durchaus gefragt werden, ob auch die heute mehr und mehr gelockerten Familienbande eine theoretisch endlose „Kausalhaftung“ der älteren für die jüngere Generation zu rechtfertigen vermögen; dabei ist insbesondere zu bedenken, dass der Eintritt der Volljährigkeit allen rechtlichen Einflussmöglichkeiten ein Ende setzt, weil sich die Selbstverantwortung anschließt.¹⁴⁰ Die Kritik an einer Pflicht zur Verwandtenunterstützung ist deshalb aus rechtstatsächlichen Gründen differenziert zu betrachten und nicht unbesehen mit einem „Angriff auf den Elternunterhalt“ gleichzusetzen; selbst der renommierteste Gegner der familiären Unterstützung betont ausdrücklich, im Hinblick auf alte oder invalide Verwandte sei der rechtlich verordnete Beistand „(dem Grundsatz nach) legitim“, vor allem weil darin ein Ausgleich für den früheren Kindesunterhalt zu sehen sei.¹⁴¹ Dies mag auch ein Fingerzeig für die deutsche Kritik am Elternunterhalt sein: Die Aspekte, die gegen ihn ins Feld geführt werden, sind mehr praktischer als dogmatischer Natur und können demzufolge – wie das in Gestalt der judikativen Restriktion des Elternunterhalts auch geschieht – auf der praktischen Seite berücksichtigt werden.

138 Vgl. dazu den Fall BGE 106 II 287.

139 Anderer, Die familienrechtliche Unterstützungspflicht – Verwandtenunterstützung, in: Häfeli (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, 2008, S. 254; Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 5b; ders., FamPra.ch 2007, 769, 774 ff.

140 Vgl. zur Kritik Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 3, 5a.; ders., FamPra.ch 2007, 769, 774 ff.

141 Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 5b.; ders., FamPra.ch 2007, 769, 775.

Kapitel 5 Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in der EU

Abschließend soll ein Blick in den Bereich der grenzüberschreitenden Unterhaltsdurchsetzung die Thematik abrunden. Weil dies unter dem Gesichtspunkt der praktischen Relevanz untrennbar mit der Bearbeitung des Unterhaltsrechts im internationalen Maßstab verbunden ist, darf dieser Komplex nicht außer Betracht gelassen werden. Weil die Rechtsdurchsetzung auf der anderen Seite aber nicht zum „Kerngeschäft“ des Notariats gehört, wollen wir uns auf die klassischen Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts beschränken: internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von (Unterhalts-)Titeln. Darüber hinaus soll der Fokus aus Anlass der neuen EuUntVO auf dem europäischen Recht liegen. Das neue HUÜ 2007 ist für den Bereich des Elternunterhalts ohne ein entsprechendes Opt-In der künftigen Mitgliedstaaten auch gar nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1, 3 HUÜ 2007).

A. Internationale Zuständigkeit zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen

I. Beklagten- und Klägergerichtsstand nach Art. 3 EuUntVO

Obwohl der Schwerpunkt der EuUntVO darauf gelegt ist, die grenzüberschreitende Vollstreckung von Unterhaltstiteln zu erleichtern und damit vor allem zu beschleunigen, enthält sie auch Vorschriften betreffend die Zuständigkeit zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen. Denn es ist ihr Ziel, für alle relevanten Bereiche der internationalen Unterhaltsdurchsetzung die maßgeblichen Regelungsaspekte und Maßnahmen zusammenzufassen und – wie bereits einleitend angesprochen – eine Konsolidierung der in verschiedenen europäischen Rechtsakten verankerten Bestimmungen herbeizuführen.¹⁴² Damit ersetzt sie in Unterhaltsfragen namentlich die EuGVVO und teilweise auch die EuVTVO Art. 68 Abs. 1, 2 EuUntVO).

Gleichwohl wird das Zuständigkeitssystem der EuGVVO im Wesentlichen beibehalten. Im Hinblick auf den Elternunterhalt, der als Unterhaltspflicht aus einem Familien- bzw. Verwandtschaftsverhältnis im Anwendungsbereich der EuUntVO liegt (Art. 1 Abs. 1), sind auch weiter ein Beklagten- und ein Klägergerichtsstand vorgesehen (jetzt Art. 3 lit. a, b EuUntVO bzw. vormals Art. 2 Abs. 1, 5 Nr. 2 EuG-

¹⁴² Vgl. Erwägungsgrund 10 der EuUntVO; *Andrae*, FPR 2008, 196, 197.

VVO).¹⁴³ Mit diesen Klägergerichtsständen geht bzw. ging es den jeweiligen Rechtsakten um den Schutz des Unterhaltsberechtigten, der nicht ausschließlich auf eine Klage am Wohnsitz seines Schuldners verwiesen sein soll.¹⁴⁴ Trotz dieser Kontinuität im Grundsätzlichen bringt die EuUntVO aber auch eine Veränderung im Detail mit sich: Für Unterhaltsklagen entfällt nämlich künftig der Gerichtsstand am Wohnsitz der Beteiligten, weil Art. 3 lit. a, b) EuUntVO nur noch den gewöhnlichen Aufenthalt erwähnt.¹⁴⁵

II. Kein Klägergerichtsstand für Regressansprüche

Diese Änderung ist für die Geltendmachung von Elternunterhalt von nicht zu unterschätzender Relevanz. Zwar werden unterhaltsberechtigte Eltern regelmäßig einen gewöhnlichen Aufenthaltsort haben, nicht selten in dem Pflegeheim, in dem sie betreut werden. Jedoch gilt das Zuständigkeitsprivileg des Unterhaltsgläubigers nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, die noch zum früheren EuGVÜ ergangen ist, nicht für Sozialleistungsträger, die Regressansprüche gegen Unterhaltsschuldner geltend machen. Zur Begründung seiner Auffassung führt der EuGH den Schutz des Unterhaltsgläubigers als typischerweise unterlegener Partei ins Feld, der mit dem Zuständigkeitsprivileg erreicht werden soll; diese Ratio sei auf eine öffentliche Einrichtung, die eine Regressklage erhebt, nicht übertragbar, weil sich diese eben nicht in einer unterlegenen Position befinde. Darüber hinaus sei der Unterhaltsberechtigte, der bereits durch öffentliche Leistungen unterstützt worden ist, nicht mehr in einer schwierigen Lage, die ein Abweichen vom allgemeinen Gerichtsstand erlaubt.¹⁴⁶

Von dieser Rechtslage dürfte auch unter Geltung der EuUntVO auszugehen sein. Denn in Kenntnis der EuGH-Judikatur hat der Ordnungsgeber den Sozialleistungsträger zwar den Unterhaltsgläubigern gleichgestellt; dies gilt jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut des insoweit maßgeblichen Art. 64 EuUntVO nur für die Zwecke der Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine entsprechende Gleichstellung in Fragen der Zuständigkeit nicht erfolgen sollte und sich ein Sozialleistungsträger nach wie vor nicht auf Art. 3 lit. b) EuUntVO berufen kann. Unter Berücksichtigung der hohen Praxisrelevanz von Regressklagen und der Möglichkeit,

143 Im Verhältnis der EU-Staaten zur Schweiz gilt natürlich weiter das LugÜ, das zusätzlich zum allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 2 ebenfalls eine Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz des Gläubigers zur Verfügung stellt.

144 Geimer, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, Anhang I, Art. 5 EuGVVO, Rn. 20a; Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum LugÜ, Art. 5 LugÜ, Rn. 103.

145 Kritisch dazu Gottwald, in: Liber Amicorum Lindacher, 2007, S. 13, 14 f.

146 EuGH, Urt. v. 15.1.2004, Rs. C-433/01 – Freistaat Bayern / Blijdenstein, EuZW 2004, 277 ff., Rn. 26 ff.; zustimmend Schlosser, JZ 2004, 408; Neu, EuZW 2004, 278; Hüßtege, in: Thomas/Putzo (Hrsg.), ZPO, 31. Aufl. 2010, Art. 5 EuGVVO, Rn. 13c; Oberhammer (Fn. 144), Art. 5 LugÜ, Rn. 108; ebenso OLG Dresden, NJW 2007, 446, 447; kritisch dagegen Martiny, IPRax 2004, 195 ff.

dass beruflich sehr flexible Unterhaltsschuldner gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben, besteht das Risiko, dass für manche Rückgriffsklagen gar keine internationale Zuständigkeit begründet ist. Es mag sich dabei um Ausnahmefälle handeln; dennoch ist dies zurzeit ein denkbares Szenario bei der Durchsetzung von Elternunterhalt im internationalen Kontext. Jedenfalls führt diese Rechtslage aber typischerweise zur Notwendigkeit, ausländisches Recht anzuwenden. Denn für den Unterhaltsanspruch selbst ist und bleibt ja regelmäßig das Recht des Staates maßgeblich, in dem der Gläubiger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹⁴⁷

III. Prorogation und rügelose Einlassung

Die Möglichkeit, ein Unterhaltsverfahren im Staat des Regress nehmenden Sozialleistungsträgers durchzuführen, besteht jedoch unter den Gesichtspunkten der Prorogation nach Art. 4 EuUntVO bzw. der rügelosen Einlassung nach Art. 5 EuUntVO. Dies gilt natürlich auch für Unterhaltsauseinandersetzungen zwischen den eigentlichen Parteien. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Prorogation ist die Ähnlichkeit mit der Rechtswahlbefugnis aus dem künftigen HUP 2007 zu betonen. Denn es kann nur die Zuständigkeit der Gerichte des Staates vereinbart werden, in dem eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder dem eine der Parteien angehört (Art. 4 Abs. 1 lit. a, b EuUntVO). Die Wahrscheinlichkeit aber, dass sich ein in Regress genommener Schuldner ohne Not auf ein Verfahren im Staat der Sozialbehörde einlässt, dürfte ebenso gering sein, wie die einer Rechtswahlvereinbarung durch den Sozialleistungsträger.¹⁴⁸

B. Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln

Neben Bestimmungen zur internationalen Zuständigkeit bilden Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung von Titeln regelmäßig den zweiten wichtigen Komplex in den Quellen des Internationalen Zivilverfahrensrechts. Demzufolge enthält auch die EuUntVO entsprechende Vorschriften, was folgerichtig ist, weil gerade bei Unterhaltsansprüchen nicht selten die Leistungsunwilligkeit des Schuldners auf der einen Seite und die besondere Angewiesenheit des Gläubigers auf die Zahlungen auf der anderen Seite zusammentreffen. Gerade deswegen ist die EuUntVO auch maßgeblich von dem Gedanken getragen, die Vollstreckung von Unterhaltstiteln innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu erleichtern, damit vor allem zu beschleunigen und ihre Kosten im Interesse des Unterhaltsberechtigten gering zu halten.¹⁴⁹

147 Siehe oben S. 40 f.

148 Dazu siehe oben S. 50 ff.

149 Erwägungsgründe 4, 23, 26, 27 f., 30, 38 EuUntVO.

I. Das zweigleisige Vollstreckungssystem der EuUntVO

Höchst interessant ist im Hinblick auf die Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln, dass die EuUntVO hier ein zweigeteiltes Regelungssystem enthält, das in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bindung der Mitgliedstaaten an die Kollisionsnormen des HUP 2007 steht. Das einfachere, schnellere und effizientere Vorgehen bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung ist für die Unterhaltstitel möglich, die aus einem Mitgliedstaat stammen, der zugleich auch Vertragsstaat des HUP 2007 ist. Das hier vorgesehene Procedere ist eng an die EuVTVO angelehnt und zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass es für vollstreckbare Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat keines gesonderten Exequaturverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat bedarf, in dem die Forderung durchgesetzt werden soll (Art. 17 Abs. 2 EuUntVO). Darüber hinaus wird die betreffende Unterhaltsentscheidung natürlich auch ohne gesondertes Verfahren anerkannt (Art. 17 Abs. 1 EuUntVO). Zur Vollstreckung der Unterhaltsforderung ist es für den Gläubiger lediglich notwendig, sich mit einer Ausfertigung des Titels und einem im Ursprungsmitgliedstaat formularmäßig erstellten Auszug an die zuständigen Organe des Vollstreckungsmitgliedstaates zu wenden (Art. 20 Abs. 1 EuUntVO). Im Hinblick auf die verschiedenen Sprachen in den Mitgliedstaaten der EU darf zwar eine Übersetzung des erwähnten Formblattes verlangt werden, keinesfalls aber eine solche der gesamten Unterhaltsentscheidung (Art. 20 Abs. 2 EuUntVO). Die Vollstreckung darf nur verweigert werden, wenn die entsprechenden Gründe im Recht des Vollstreckungsstaates vorliegen (Art. 21 Abs. 1 EuUntVO), wenn das Recht zur Vollstreckung nach den Regelungen des Ursprungs- oder des Vollstreckungsstaates verjährt ist, wobei hier ein Günstigkeitsprinzip für den Schuldner gilt (Art. 21 Abs. 2 UAbs. 1 EuUntVO) oder wenn die zu vollstreckende Entscheidung im Widerspruch zu einem anderen Unterhaltstitel steht, der entweder im Vollstreckungsstaat ergangen oder dort anzuerkennen ist (Art. 21 Abs. 2 UAbs. 2 EuUntVO). Die Vollstreckung kann darüber hinaus ausgesetzt werden, wenn im Ursprungsstaat ein Verfahren zur Nachprüfung der Unterhaltsentscheidung durchgeführt wird (Art. 21 Abs. 3 EuUntVO); dies ist nach Art. 19 EuUntVO aber nur möglich, wenn es sich um eine Säumnisentscheidung handelt, vor deren Erlass dem Schuldner kein genügendes rechtliches Gehör gewährt wurde oder gegen die er ohne Verschulden keinen Einspruch erheben konnte, es sei denn, der Schuldner hat Rechtsbehelfsmöglichkeiten verstreichen lassen (Art. 19 Abs. 1 EuUntVO).¹⁵⁰ All diese Vorgaben gelten, was aus Sicht des Notariats sicher von Interesse ist, nach Art. 48 EuUntVO auch für vollstreckbare öffentliche Urkunden, wobei zur Vorlage bei den Vollstreckungsbehörden lediglich ein anderes Formblatt als bei gerichtlichen Entscheidungen zu verwenden ist.

Mit diesen Vorgaben wird der vollstreckbare Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat und Vertragsstaat des HUP 2007 gewissermaßen zu einem europäischen Voll-

¹⁵⁰ Die Vollstreckung kann auch ausgesetzt werden, wenn die Vollstreckbarkeit der Entscheidung im Ursprungsstaat ausgesetzt ist, Art. 21 Abs. 3 UAbs. 3 EuUntVO.

streckungstitel, der weit über die Möglichkeiten der EuVTVO hinausgeht. In formeller Hinsicht soll es in Unterhaltssachen nicht mehr notwendig sein, dass die Ursprungsbehörde oder das Ursprungsgericht seine Entscheidung in einem eigenen Verfahren und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen als europäischen Vollstreckungstitel bestätigt (Art. 5 – 19 EuVTVO). Vor allem ist aber zu beachten, dass nach der EuUntVO die Freizügigkeit von Unterhaltstiteln auch dann möglich wird, wenn die zugrunde liegenden Forderungen vom Schuldner bestritten sind; gerade dies ist unter der EuVTVO nicht der Fall, die nach ihrem Art. 3 Abs. 1 ja nur für unbestrittene Forderungen, vor allem also Anerkenntnisse, Vergleiche oder Säumnisentscheide gilt. Dieser Paradigmenunterschied zwischen EuVTVO und EuUntVO unterstreicht noch einmal die Bedeutung, die der europäische Gesetzgeber der effizienten Durchsetzbarkeit von Unterhaltsforderungen im Interesse des Berechtigten beimisst. Er zeigt darüber hinaus, welche große Bedeutung die Einigung auf übereinstimmende Kollisionsregeln hat. Unterhaltsentscheide, die aufgrund der Anwendung des nach dem HUP 2007 vorgesehenen materiellen Rechts ergangen sind, genießen besonderes Vertrauen, weil die EU an der Entstehung dieser Kollisionsnormen mitgewirkt hat und – vor allem – weil sie nach den Vorstellungen der Gemeinschaft im Vollstreckungsstaat genauso ergangen wären wie im Ursprungsstaat. Denn wo aufgrund der Bindung an dasselbe Internationale Privatrecht die zuständigen Gerichte oder Behörden eine bestimmte Entscheidung hätten treffen und in der Folge auch vollstrecken müssen, besteht kein Anlass, die Vollstreckung derselben Entscheidung an höhere Voraussetzungen zu knüpfen, nur weil sie aus einem anderen Staat stammt.

In den Fällen, in denen der Vertrauensvorschuss aus der Anwendung des HUP 2007 nicht besteht, ist zur Vollstreckung eines Unterhaltstitels in einem anderen Mitgliedstaat ein Verfahren zu durchlaufen, welches an dasjenige nach der EuGVVO angelehnt ist. Danach werden Unterhaltsentscheidungen zwar ohne förmliches Verfahren anerkannt (Art. 23 Abs. 1 EuUntVO), jedoch existieren namentlich bei Ordre-Public-Verstößen, bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs des Unterhaltsschuldners und bei Divergenzproblemen Anerkennungsversagungsgründe (Art. 24 EuUntVO). Es bedarf nun eines Exequaturverfahrens, in dem der Schuldner grundsätzlich die bereits oben erwähnten Dokumente vorzulegen hat (Art. 26, 28, 29 EuUntVO). In diesem Verfahren der Vollstreckbarerklärung wird der Unterhaltsschuldner naturgemäß nicht gehört, damit er keine Vermögenswerte der Vollstreckung entziehen kann (Art. 30 EuUntVO). Im Unterschied zur EuGVVO besteht nach der EuUntVO im Interesse des Unterhaltsgläubigers aber ein Beschleunigungsgebot: Während dort die Vollstreckbarerklärung nach Erfüllung aller Förmlichkeiten unverzüglich zu erfolgen hat (Art. 41 EuGVVO), was je nach Organisation und Belastung des zuständigen Gerichts durchaus eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, gilt hier eine Maximalfrist von 30 Tagen, die nur aufgrund außergewöhnlicher Umstände überschritten werden darf (Art. 30 EuUntVO). Hier wie dort kann gegen die Entscheidung im Vollstreckbarerklärungsverfahren ein Rechtsbehelf eingelegt werden; in diesem Rechtsbehelfsverfahren findet dann insbesondere die Prüfung von Anerkennungsversagungsgründen statt (Art. 32, 34 EuUntVO), wobei eine Nachprüfung in der Sache verboten ist (Art. 42 EuUntVO). Vor dem Hinter-

grund der Besonderheiten von Unterhaltsansprüchen ist eine Beschleunigungspflicht implementiert, wenn die Rechtsbehelfsentscheidung – vorbehaltlich außergewöhnlicher Umstände – innerhalb von 90 Tagen zu ergehen hat (Art. 34 Abs. 2 EuUntVO). Die anschließende Vollstreckung selbst richtet sich freilich stets nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (Art. 41 Abs. 1 EuUntVO).

II. Wertungswiderspruch im Sozialhilferegress?

Mit Blick auf die besondere Rolle von Sozialleistungsträgern in den Fällen des Elternunterhalts ist noch einmal hervorzuheben, dass die EuUntVO mit Art. 64 ihr Anerkennungs- und Vollstreckungssystem auch auf diese Behörden erstreckt. Nach dessen Absatz 3 kann eine öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtung insbesondere die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung bzw. Vollstreckung von Entscheidungen beantragen, die gegen eine unterhaltsverpflichtete Person ergangen sind, weil die öffentliche Einrichtung Leistungen anstelle von Unterhaltszahlungen erbracht hat. Damit werden die vollstreckungsspezifischen Vorzüge der Verordnung an die Sozialleistungsträger weitergegeben. Wie erwähnt, gilt dies allerdings nicht im Hinblick auf die Zuständigkeit zur Geltendmachung von Regressforderungen; hier bleibt den Behörden im Falle einer notwendigen Klage nur der Gang vor das Gericht, in dessen Bezirk der Unterhaltsschuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹⁵¹ Obschon – wohl folgend der dargestellten EuGH-Judikatur – Sozialbehörden nicht in derselben schutzwürdigen Position gesehen werden wie unterhaltsberechtigte Personen, wird ihnen im Hinblick auf die Vollstreckungsmöglichkeiten eine vergleichbare Rechtsposition eingeräumt wie dem Gläubiger.

Dies verwundert insofern, als ja auch diese Vollstreckungserleichterungen vor allem dem Umstand Rechnung tragen, dass die spezielle Situation des Berechtigten eine unkomplizierte und zügige Realisierung der Forderung notwendig macht.¹⁵² Zwar könnte man meinen, Sozialleistungsträger müssten gar keine „Vollstreckung über die Grenze“ betreiben, weil sie ja ihren Titel ohnehin am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Schuldners geltend machen müssen. Allerdings dürfen die Situationen nicht außer Betracht gelassen werden, in denen der Unterhaltsverpflichtete nach Erlass des Titels in einen anderen Staat verzieht oder über vollstreckbares Vermögen im Ausland verfügt. Ferner ist es denkbar, dass bereits der Unterhaltsgläubiger selbst am Klägergerichtsstand einen Titel erstritten hat, die öffentliche Hand anschließend in einer besonderen Notsituation in Vorleistung tritt und der titulierte Anspruch deshalb auf sie übergeht; auch in dieser Situation müsste die Sozialbehörde aus einem ausländischen Titel gegen den Schuldner vollstrecken.¹⁵³ Öffentliche Leistungsträger können also ebenso in die Lage kommen, Forderungen grenzüberschreitend durchzusetzen, wie der Unterhaltsgläubiger selbst. Daher stellt sich die

¹⁵¹ Siehe oben S. 45 f.

¹⁵² Erwägungsgründe 4, 26, 30 EuUntVO.

¹⁵³ Dieser Fall ist ausdrücklich in Art. 64 Abs. 3 lit. b) EuUntVO geregelt.

Frage, ob es nicht einen Wertungswiderspruch darstellt, wenn ihnen einerseits die Schutzwürdigkeit abgesprochen wird, das Privileg des Klägergerichtsstandes geltend zu machen, sie andererseits aber alle Vorzüge des Vollstreckungsverfahrens nach der EuUntVO in Anspruch nehmen können.¹⁵⁴

Eine Antwort hierauf erfordert einen Blick nicht nur auf die Situation des – anerkanntermaßen – schutzwürdigen Unterhaltsgläubigers, sondern vor allem auf die Ausgangslage des Schuldners. Weil bei Erhebung einer Klage noch nicht feststeht, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt besteht, lautet der international akzeptierte Grundsatz zum Schutze des Beklagten *actor sequitur forum rei* mit der Folge eines allgemeinen Gerichtsstandes am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten. Mit Blick auf das Prozessrisiko soll er sich in seinem Staat, nach den Prozessregeln der *lex fori* und in seiner Sprache, jedenfalls in der Gerichtssprache seines freiwillig gewählten Aufenthaltsortes verteidigen können. Ausnahmen bestehen dort, wo eine Abwägung der beteiligten Interessen zugunsten des Klägers ausfällt, namentlich also bei Arbeitnehmern, Verbrauchern und eben Unterhaltsgläubigern.¹⁵⁵ Sobald eine Sozialhilfebehörde beteiligt ist, die typischerweise eine große Erfahrung mit der Geltendmachung von Unterhaltsforderungen hat, meist über juristischen Sachverstand verfügt und auch die finanziellen Mittel für eine Rechtsdurchsetzung im Ausland – oder auch für den Einkauf des Know-how – leicht aufbringen kann, fällt dies bei der gebotenen Interessenabwägung zugunsten des (angeblichen) Schuldners ins Gewicht und es bleibt beim Grundsatz des Beklagtengerichtsstandes.

Demgegenüber ist die Vollstreckungssituation eine ganz andere. Hier ist das Bestehen der Unterhaltsverpflichtung bereits geklärt, entweder weil ein Gericht oder eine Behörde darüber entschieden und die Entscheidung für vollstreckbar erklärt hat, oder weil beim Zustandekommen einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde oder eines Vergleichs der Schuldner selbst mitgewirkt hat. Die Ungewissheit darüber, ob ein (Unterhalts-)Anspruch überhaupt besteht, die es im Klageverfahren nur einem entsprechend schutzwürdigen Kläger erlaubt, die behauptete Forderung an seinem Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort geltend zu machen, ist im Vollstreckungsverfahren beseitigt. Dies lässt nicht nur die Schutzbedürftigkeit des Schuldners entfallen; es führt nach dem Willen der EuUntVO auch dazu, dass eine möglichst rasche und ungehinderte Vollstreckung erfolgen soll, wo der Verpflichtete auch nach verbindlicher Feststellung seiner Schuld nicht freiwillig leistet. Während also im Erkenntnisverfahren die Schutzwürdigkeit des angeblichen Gläubigers darüber entscheidet, ob ein Klägergerichtsstand zugelassen ist oder nicht, ist für die Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens nach der EuUntVO allein von Bedeutung, dass es sich um eine verbindlich festgestellte vollstreckbare Unterhaltsforderung handelt. Auf die Ausgangssituation des Vollstreckungsgläubigers kommt es demnach nicht an, weshalb

154 Solange der Titel nicht aus einem Vertragsstaat des HUP 2007 stammt, sind – wie erwähnt – die Abweichungen vom Verfahren nach der EuGVVO nicht sehr bedeutend, unter die schon bisher Regressforderungen von Sozialhilfeträgern fallen, vgl. EuGH, Urteil vom 14.11.2002, Rs. C-271/00, EuZW 2003, 30, Rn. 30 ff. –Baten.

155 Art. 18, 16 und Art. 5 Nr. 2 EuGVVO.

ursprünglicher Unterhaltsgläubiger und Regress nehmender Sozialleistungsträger zu Recht gleichbehandelt werden.

A. Kollisionsrecht

Die Frage, ob Kinder ihren Eltern Unterstützung schulden, hat nicht nur moralische, sondern auch rechtliche Dimensionen. In einer von Mobilität und Migration geprägten Zeit sind die rechtlichen Fragen des Elternunterhalts auch in einen internationalen Kontext gestellt. Dieser ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen gekennzeichnet, die insbesondere das Kollisionsrecht für Unterhaltsbeziehungen, aber auch die Aspekte der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen zum Gegenstand haben. Im Bestreben nach internationalem Entscheidungseinklang für solche Sachverhalte liegt der Schwerpunkt vor allem auf den kollisionsrechtlichen Bestimmungen, weil eine Vereinheitlichung des materiellen Unterhaltsrechts in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. Bis zum Inkrafttreten der Europäischen Unterhaltsverordnung am 18.6.2011, das gleichzeitig eine vorläufige Anwendbarkeit des HUP 2007 mit sich bringt, sind in Deutschland hierfür die Regelungen des HUÜ 1973 maßgeblich.

Danach – und auch nach dem inhaltsgleichen Art. 18 EGBGB – ist eine Leiter von Haupt-, Hilfs- und Ersatzanknüpfungen vorgesehen. Nach der Grundregel entscheidet über Existenz, Inhalt und Umfang von Unterhaltspflichten das Recht des Staates, in dem der Unterhaltsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 1 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Wenn danach ein Unterhalt nicht geschuldet ist, greift ein etwaiges gemeinsames Heimatrecht der Parteien ein (Art. 5 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Besteht ein solches gemeinsames Heimatrecht nicht oder gewährt es ebenfalls keinen Unterhaltsanspruch, gilt die *lex fori* des zur Entscheidung berufenen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde (Art. 66 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 2 EGBGB). Die so formulierte Anknüpfungsleiter enthält allseitige Kollisionsnormen, deren Anwendung unter einem *Ordre-Public*-Vorbehalt steht; außerdem werden in jedem Fall, d.h. unabhängig vom jeweils anzuwendenden Recht, die Bedürftigkeit des Berechtigten und auch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten geprüft. In der Praxis des Elternunterhalts ist vor allem der so genannte „Sozialhilferegress“ von Bedeutung. Ob und wie ein öffentlicher Leistungsträger gegen die eigentlich zum Unterhalt Verpflichteten Rückgriff nehmen kann, richtet sich allerdings nicht nach dem Unterhaltsstatut, sondern nach dem Recht, dem die jeweilige Behörde untersteht. In welchem Umfang jedoch ein dem Grunde nach gegebener Erstattungsanspruch existiert, muss wiederum das Unterhaltsstatut regeln.

In Zukunft wird es nach dem HUP 2007 eine etwas modifizierte Reihenfolge der Anknüpfungen geben. Zwar wird es auch nach dessen Art. 3 bei der Grundanknüpf-

fung an das Recht des Staates bleiben, in dem der Unterhaltsberechtigte seinen Aufenthalt hat. Sollte danach kein Unterhaltsanspruch bestehen, wird künftig jedoch direkt auf die lex fori und nicht mehr zuerst auf ein etwaiges gemeinsames Heimatrecht zurückgegriffen (Art. 4 Abs. 2 HUP 2007). Damit wird ganz zu Recht die Bedeutung der gemeinsamen Staatsangehörigkeit reduziert und die Rolle der lex fori gestärkt. Diese Intention wird darüber hinaus durch Art. 4 Abs. 3 HUP 2007 unterstrichen, wonach die lex fori immer – und eben nicht nur subsidiär – zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem die Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden. Das eigentliche Novum im Unterhaltskollisionsrecht des HUP 2007 ist allerdings die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Rechtswahl, die im Internationalen Unterhaltsrecht bisher, insbesondere zum Schutz der unterhaltsberechtigten Partei, nicht gegeben ist. Mit dieser Neuigkeit sollen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des künftigen Unterhaltsstatuts vergrößert werden. Die näheren Voraussetzungen der Rechtswahl sind in Art. 7 und 8 HUP 2007 geregelt. Nach diesen Bestimmungen wird künftig insbesondere auch die Wahl eines Unterhaltsstatuts möglich und zulässig sein, das keinen Elternunterhalt vorsieht; dies gilt selbst dann, wenn aufgrund dieser Rechtswahl in Vorleistung getretene (deutsche) Sozialleistungsträger keine Regressansprüche haben. Zum einen liegt in der kollisionsrechtlichen Rechtswahl nicht zugleich auch ein materieller Verzicht auf Unterhaltsansprüche, der nach deutscher Vorstellung gegen § 1614 BGB verstoßen würde. Diese Differenzierungen legt auch der Wortlaut des HUP 2007 nahe. Darüber hinaus verstößt das Nichtbestehen eines Anspruchs auf Elternunterhalt infolge einer entsprechenden Rechtswahl auch nicht gegen den inländischen deutschen Ordre Public. Denn der Elternunterhalt gehört infolge seiner anerkannt schwachen Ausgestaltung durch die jüngere Judikatur mitnichten zu den Grundgedanken oder -werten und damit auch nicht zum Kernbestand der deutschen Rechtsordnung und der ihr innewohnenden Gerechtigkeitsvorstellungen. Dies zeigt zum einen die rechtspolitische Diskussion um den Elternunterhalt, die seit Jahren anhält. Zum anderen hat aber auch die höchstrichterliche Rechtsprechung erheblich dazu beigetragen, dass der Elternunterhalt hierzulande nur einen geringen Stellenwert genießt. In diesem Gesamtkontext kann auch die Tatsache nicht zur Annahme eines Ordre-Public-Verstoßes führen, dass die Wahl eines materiellen Rechts, das keinen Elternunterhalt gewährleistet, in der Regel zur Einstandspflicht der öffentlichen Hand führt bzw. dieser die Möglichkeit zum Regress verwehrt. Und schließlich ist die „Abwahl“ des Elternunterhalts unter der künftigen Geltung des HUP 2007 auch deshalb hinzunehmen, weil dort strenge Vorschriften die Wahl von vornherein kanalisieren und an konkrete Vorgaben binden. Wenn dies aber der Fall ist, muss das solchermaßen zulässig gewählte Recht mitsamt seinem Ergebnis im konkreten Einzelfall akzeptiert werden.

B. Rechtsvergleich

Was die nationale Debatte andeutet, findet sich bei einem Blick über die Grenzen bestätigt: Elternunterhalt ist nicht selbstverständlich. Insbesondere in Norwegen, Großbritannien und einigen US-amerikanischen Bundesstaaten ist eine Unterhaltsverpflichtung von Kindern gegenüber ihren Eltern unbekannt. Anders ist es in den meisten europäischen Staaten, was vor allem auf der gemeinsamen römisch-rechtlichen und kanonischen Tradition beruht, nach der Eltern im Alter Unterhalt von ihren Kindern beanspruchen konnten. Dabei bestehen in den Einzelheiten freilich gravierende Unterschiede, die cursorisch aufgezeigt werden konnten. Die Schweiz kennt die sog. Verwandtenunterstützungspflicht nach dem ZGB, die in aufsteigender Linie zwar formell keine Unterhaltsverpflichtung darstellt, materiell aber eine solche ist. Neben dieser privatrechtlich verankerten Absicherung besteht in der Schweiz ein differenziertes System der Sozialhilfe, dessen Ausgestaltung in der Regelungsbefugnis der einzelnen Kantone liegt. In diesem Zusammenhang haben alle Kantone festgelegt, dass die Sozialleistungen gegenüber der Verwandtenunterstützung nachrangig sind. Über diese Subsidiarität hinaus ähneln auch die Probleme in der Rechtspraxis denjenigen des deutschen Rechts. Es ist zu klären, wann ein Unterstützungsberechtigter überhaupt bedürftig ist. Auch muss festgestellt werden, ob die in Anspruch genommene Person überhaupt leistungsfähig ist, weil sie – nach schweizerischem Duktus – in „günstigen Verhältnissen“ lebt. Dass diese in der Schweiz mit Wohlstand gleichgesetzt werden, mag nicht verwundern. Dies führt in Verbindung mit den konkreten Richtlinien zu einem faktischen Ausschluss der Unterstützungspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern. Dieses Resultat wird ganz maßgeblich auch dadurch erreicht, dass mit den Ergänzungsleistungen zur AHV/IV ein weiteres, steuerfinanziertes Instrument zur Verfügung steht, das eine etwaige Diskrepanz zwischen der bestehenden Altersversorgung auf der einen und dem tatsächlichen Lebensbedarf auf der anderen Seite beseitigen soll. Diese Ergänzungsleistungen zeichnen sich im Gegensatz zur allgemeinen Altersversorgung dadurch aus, dass sie im Vergleich zu den zivilrechtlichen Ansprüchen auf Verwandtenunterstützung nicht subsidiär sind, sondern diesen vorgehen. Deshalb findet diesbezüglich auch kein Forderungsübergang und demzufolge auch kein Regress bei den de lege unterstützungspflichtigen Verwandten statt. Die Lebenskosten der älteren Generation sind damit praktisch vollständig sozialisiert worden.

C. Durchsetzung

Das Internationale Privatrecht für Unterhaltsverhältnisse hat gezeigt, dass vielfach auch ausländisches Recht anwendbar sein kann. Die Internationalität der Sachverhalte, welche die hier besprochenen Fragen erst aufwirft, offenbart aber auch die Notwendigkeit, Unterhaltsansprüche im Ernstfall auch grenzüberschreitend durchzusetzen. Diesem Ziel dient im europäischen Maßstab seit Neuestem die EuUntVO. Sie sieht nicht nur einen Gerichtsstand am Aufenthaltsort des Unterhaltsschuldners,

sondern auch einen Klägergerichtsstand vor und bezweckt damit, den in der Regel dringend auf die Realisierung seiner Ansprüche angewiesenen Gläubiger in zivilprozessualer Hinsicht zu unterstützen. Gerade wegen dieser Ratio kann sich ein Regress nehmender Sozialleistungsträger nicht auf das Privileg eines Klägergerichtsstandes berufen. Für ihn gelten die allgemeinen Bestimmungen, zu denen aber auch die Möglichkeiten der Prorogation und der Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung gehören. Im Hinblick auf die Vollstreckung gelten für Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat der EU praktisch dieselben und noch weiter gehende Privilegien wie für den so genannten Europäischen Vollstreckungstitel, sofern der Ursprungsstaat zugleich Mitglied des HUP 2007 ist. Insbesondere gilt die Freizügigkeit des Titels auch in den Fällen, in denen die zugrunde liegende Forderung bestritten ist. Dies zeigt das besondere Vertrauen, welches diejenigen Unterhaltsentscheidungen genießen, die auf der Grundlage desjenigen materiellen Rechts zustande gekommen sind, das vom HUP 2007 zur Anwendung berufen wurde. Denn durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und durch den damit erreichten internationalen Entscheidungseinklang hätte dieselbe Unterhaltsentscheidung auch in jedem anderen Mitgliedstaat getroffen werden müssen; deshalb besteht kein Anlass, die Anerkennung solcher Titel an höhere Voraussetzungen zu knüpfen, nur weil sie aus dem Ausland stammen. Kommt die Unterhaltsentscheidung nicht aus einem Vertragsstaat des HUP 2007, ist zu ihrer Anerkennung und Vollstreckung im Ergebnis dasselbe Procedere zu durchlaufen, das auch von der EuGVVO vorgesehen ist. Diese Grundsätze, namentlich also die Privilegien bei der innereuropäischen Vollstreckung von Unterhaltstiteln auf Basis des HUP 2007 gelten auch für die Fälle, in denen Vollstreckungsgläubiger ein Sozialleistungsträger ist. Diese können sich im Hinblick auf die Zuständigkeit – wie erwähnt – zwar nicht auf einen Klägergerichtsstand berufen; wenn im Vollstreckungsverfahren aber das Bestehen der Unterhaltsforderung bereits rechtskräftig festgestellt ist, besteht kein Anlass dafür, Sozialleistungsträger und andere Unterhaltsgläubiger unterschiedlich zu behandeln. Damit muss auch der Schuldner von Elternunterhalt leben, der durch seine Säumnis nicht nur gegen ein Gebot des Anstands, sondern eben auch – und vor allem – gegen eine echte Rechtspflicht verstoßen hat.

Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt

Thomas Krause, Notar in Staßfurt

Kapitel 1 Einleitung

Die Knappheit der öffentlichen Mittel und die große Zahl hilfsbedürftiger alter Menschen führen dazu, dass die Fälle zunehmen, in denen Kinder zur Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht gegenüber ihren betagten Eltern herangezogen werden. Vielfach reichen die Leistungen der Pflegeversicherung nicht aus, um die Kosten der Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim zu decken. Der Sozialhilfeträger leistet vor und nimmt Rückgriff bei den Kindern.

Gemäß § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Die Verpflichtung erstreckt sich auf alle in gerader ab- und aufsteigender Linie miteinander Verwandten ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft. Sie ist von ihrer Dauer unbegrenzt. Neben der grundlegenden Entscheidung des BVerfG¹ zur Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners hat der BGH² in den letzten Jahren zu vielen Rechtsfragen des Elternunterhalts Stellung genommen.

Der Elternunterhalt beruht auf einem abgeschwächten Unterhaltsrechtsverhältnis. Er muss nur gezahlt werden, wenn das unterhaltspflichtige Kind im Zeitpunkt der bei seinen Eltern bestehenden Bedürftigkeit leistungsfähig ist.³ Gem. § 1603 Abs. 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Die Leistungsfähigkeit der Kinder wird im Fall der Inanspruchnahme durch ihre Eltern zunächst durch ihre Einkünfte und ihre Erwerbsmöglichkeiten bestimmt. Bei der Ermittlung des Einkommens eines Selbstständigen ist in der Regel der Gewinn der letzten drei Jahre zu Grunde zu legen.⁴ Privatentnahmen können im Ausnahmefall Indizcharakter für die Feststellung der für den Lebensunterhalt tatsächlich verfügbaren Mittel haben, wenn keine oder keine ordnungsgemäße Gewinnermittlung vorhanden ist oder diese offensichtlich kein zutreffendes

1 BVerfG, FamRZ 2005, 1051.

2 Vgl. etwa BGH, FamRZ 2002, 1698; BGH, FamRZ 2003, 860; BGH, FamRZ 2003, 1179; BGH, FamRZ 2004, 186; BGH, FamRZ 2004, 366; BGH, FamRZ 2004, 370; BGH, FamRZ 2004, 443; BGH, FamRZ 2004, 792; BGH, FamRZ, 2004, 795; BGH, FamRZ 2004, 1097; BGH, FamRZ 2004, 1370; BGH, FamRZ 2004, 1559; BGH, FamRZ 2006, 935; BGH, FamRZ 2006, 1511; BGH, Urt. vom 15.9.2010, XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888.

3 BVerfG, FamRZ 2005, 1051.

4 Vgl. etwa KG Berlin – Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate (Stand: 1.1.2009) Anm. 1.5; OLG Braunschweig – Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate (Stand: 1.1.2009) Anm. 1.5; OLG Dresden – Unterhaltsleitlinien (Stand: 1.1.2009) Anm. 1.5; OLG Frankfurt a.M. – Unterhaltsgrundsätze (Stand: 1.1.2009) Anm. 1.5; OLG Naumburg – Unterhaltsrechtliche Leitlinien (Stand: 1.1.2009) Anm. 1.5. Zu Ansparsabschreibungen und zur Beachtung von Besonderheiten der Einkommensentwicklung siehe BGH, FamRZ 2004, 1177.

Bild abgibt.⁵ Die von der Rechtsprechung zugelassene Einkommensbereinigung, der Mindestselbstbehalt und seine Ergänzung durch eine angemessene (50 %ige) Freistellung des überschießenden Betrages sowie die Berücksichtigung vorrangiger Unterhaltspflichten gegenüber eigenen Kindern und dem Ehegatten bewirken häufig, dass das Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht oder nur zu einem kleinen Teil herangezogen werden kann.⁶ Wie allgemein im Verwandtenunterhalt besteht anders als beim Geschiedenenunterhalt nach § 1581 Satz 2 BGB keine gesetzliche Billigkeitsgrenze für den Einsatz des Vermögensstamms. Das Kind kann daher gehalten sein, den Stamm seines Vermögens zu verwerten, wenn der geschuldete Unterhalt aus laufenden Einkünften nicht geleistet werden kann.⁷ Vermögensbestandteil eines freiberuflich tätigen Kindes ist ohne Zweifel auch der Wert seiner freiberuflichen Praxis. Diese bildet ihrerseits die Quelle des Erwerbseinkommens des Unterhaltspflichtigen, welches unterhaltsrechtlich bereits bei der Ermittlung seiner gesamten vorhandenen Einkommen berücksichtigt wird.

5 OLG Braunschweig – Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate (Stand: 1.1.2009) nm. 1.5; siehe auch *Manderscheid*, Besonderheiten der Einkommens- und Vermögensbewertung im Zugewinnausgleich und Unterhaltsrecht (bei Trennung und Scheidung) bei Selbständigen, ZFE 2005, 341.

6 Nach Anm. D. I der Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.1.2009) beträgt der angemessene Selbstbehalt gegenüber den Eltern mindestens monatlich 1.400 € (einschließlich 450 € Warmmiete) zuzüglich der Hälfte des darüber hinausgehenden Einkommens. Der angemessene Unterhalt des mit dem Unterhaltspflichtigen zusammenlebenden Ehegatten bemisst sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen (Halbteilungsgrundsatz), beträgt jedoch mindestens 1.050 € (einschließlich 350 € Warmmiete). Siehe auch *Ehinger*, Elternunterhalt - Gesetzliche Voraussetzungen und Beschränkungen der Inanspruchnahme durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, NJW 2008, 2465.

7 Vgl. etwa BGH, FamRZ 2004, 1184; BGH, FamRZ 1998, 367; BGH, FamRZ 1989, 170; BGH, FamRZ 1986, 48; OLG Köln, FamRZ 2003, 471; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 296; OLG Koblenz, NJW-RR 2000, 293.

Kapitel 2 Doppelverwertungsverbot als Problem der Bewertung einer freiberuflichen Praxis

Im Verhältnis von Zugewinnausgleich und nachehelichem Unterhalt wurde das Verbot der Doppelverwertung von Vermögenspositionen und Schulden intensiv diskutiert.⁸ Auslöser waren mehrere Entscheidungen des BGH⁹, in denen dieser ein Verbot der Doppelberücksichtigung von bzw. der doppelten Teilhabe an Vermögenspositionen bei Zugewinnausgleich und Unterhalt formuliert hatte. Hierzu leitete der BGH aus § 1587 Abs. 3 BGB einen allgemeinen Rechtsgrundsatz her, dass das dort in Bezug auf den Versorgungsausgleich geregelte Verbot der Doppelberücksichtigung auch gegenüber dem Unterhaltsrecht gelten müsse. Die Zuordnung einer Vermögensposition zum Unterhaltsrecht einerseits oder zum Güterrecht andererseits kann in der Praxis von großer Bedeutung sein, etwa wenn Unterhaltsansprüche wegen Wiederheirat erlöschen, ein Zugewinnausgleichsanspruch bereits verjährt oder ehevertraglich nur auf den Zugewinnausgleich oder nur auf Unterhalt verzichtet worden ist.

Zentrale Methode für die Bewertung von Unternehmen ist heute die Ertragswertmethode.¹⁰ Das Ertragswertverfahren basiert auf der Annahme, dass der Wert eines

8 Vgl. etwa *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1353; *Gerhardt/Schulz*, Verbot der Doppelverwertung von Abfindungen beim Unterhalt und Zugewinn, FamRZ 2005, 145; *dies.*, Verbot der Doppelbewertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn, FamRZ 2005, 317; *Grziwotz*, Doppelverwertungsverbot im Scheidungsfolgenrecht, MittBayNot 2005, 284; *Hermes*, Nochmals: Die Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2007, 184; *Hoppertz*, Zur Konkurrenz von Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2006, 1242; *Jakobs*, Rechtliche Verschränkungen von Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich, NJW 2007, 2885; *Kogel*, Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2004, 1614; *Münch*, Verbot der Doppelverwertung und Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich, FamRZ 2006, 1164; *Niepmann*, Aktuelle Probleme des ehelichen Vermögensrechts, FF 2005, 131; *Schmitz*, Anmerkung zu dem Beitrag Verbot der Doppelbewertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn von Gerhardt und Schulz, FamRZ 2005, 317 ff., FamRZ 2005, 1520; *Schröder*, Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2005, 89; *Schulin*, Anmerkung zu Gerhardt und Schulz: Verbot der Doppelbewertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn, FamRZ 2005, 317 ff., FamRZ 2005, 1521; *Schulz*, Zur Doppelberücksichtigung von Vermögenspositionen beim Unterhalt und Zugewinn, FamRZ 2006, 1237; *Wohlgemuth*, Doppelverwertung von Schulden beim Zugewinn und Unterhalt, FamRZ 2007, 187.

9 BGH, FamRZ 2003, 432; BGH, FamRZ 2003, 1544, BGH, FamRZ 2004, 1352.

10 *Münch*, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich und Doppelverwertungsverbot, NJW 2008, 1201; *Kuckenberg*, Anmerkungen, insb. auch aus Sicht des Unternehmensbewerbers, zu BGH vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06, FuR 2008, 270, 271; siehe auch *Olbrich/Olbrich*, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich, DB 2008, 1483. Ein gängiges Verfahren hat

Unternehmens hauptsächlich in den zu erwartenden Ertragsüberschüssen, also durch sein Potential, in Zukunft Gewinne zu erzeugen, besteht. Das Verfahren berücksichtigt die Anlagealternativen des Kaufinteressenten, der mit seinem Kapital entweder das Unternehmen erwerben kann oder sein Geld am Kapitalmarkt anlegt.

Bei freiberuflichen Praxen hängt die Ertragskraft im wesentlichen von der Person des Inhabers ab. Aus diesem Grunde werden diese nach den Richtlinien der Standardorganisationen häufig mit einem modifizierten Umsatzverfahren bewertet. Der Wert einer freiberuflichen Praxis setzt sich danach aus dem Substanzwert einerseits und dem Geschäfts- oder Praxiswert (good will) andererseits zusammen. Der good will wird in der Regel durch eine bestimmte Quote oder ein Vielfaches eines Jahresumsatzes unter Abzug eines kalkulatorischen Unternehmerlohns bestimmt. Der so ermittelte Wert ist um die im Fall der Veräußerung anfallende latente Steuerlast zu bereinigen.¹¹

Die Einbeziehung des künftigen Ertrags der freiberuflichen Praxis in die Unternehmensbewertung führt zum Verbot der Doppelverwertung. Der künftige Ertrag der Praxis ist sowohl Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Zugewinnausgleichs als auch Grundlage der Berechnung des nachehelichen Unterhalts. In der Literatur wurde daher auch die Auffassung vertreten, dass der Wert eines Unternehmens, einer Unternehmensbeteiligung oder einer freiberuflichen Praxis güterrechtlich außer Betracht zu lassen wäre, wenn aus den hieraus erzielbaren künftigen Erträgen Unterhalt zu leisten ist.¹²

Zu einer vergleichbaren Konkurrenz kann es möglicherweise auch beim Elternunterhalt kommen. Der künftige Ertrag einer freiberuflichen Praxis hat nicht nur Bedeutung für die Ermittlung des Einkommens des unterhaltspflichtigen Kindes, sondern auch für die Bewertung der freiberuflichen Praxis, sofern diese zu dem für den Elternunterhalt einzusetzenden Vermögen gehört.

das Institut der Wirtschaftsprüfer mit seinem 2008 neu gefassten Standard IDW S1 entwickelt.

11 *Münch*, NJW 2008, 1201.

12 *Fischer-Winkelmann*, Sind Unternehmensbewertungen im Zuge des Zugewinnausgleichs passé?, FuR 2004, 433.

Kapitel 3 Das Urteil des BGH vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06

Mit seinem Urteil vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06 hat der BGH¹³ die Frage, wie sich das Verbot der Doppelverwertung im Verhältnis von Zugewinnausgleich und nachhelichem Unterhalt auf die Unternehmensbewertung auswirkt, geklärt.

A. Ausgangsfall

Der Ehemann war von Beruf Tierarzt und in einer Gemeinschaftspraxis selbstständig tätig. In seinem Endvermögen befand sich u.a. der Anteil an der tierärztlichen Praxis. Den Wert der Praxis hatte ein Sachverständiger mit rund 170.000 € ermittelt, wovon rund 92.000 € EUR auf das Sachvermögen und rund 78.000 € auf den good will der Praxis entfielen. Der Ehemann lebte von den Erträgen der Tierarztpraxis und finanzierte daraus auch den an seine geschiedene Ehefrau zu leistenden Unterhalt. Das OLG Oldenburg¹⁴ verurteilte den Ehemann zur Leistung eines Zugewinnausgleichs, ohne dessen Anteil an der Tierarztpraxis zu berücksichtigen. Zur Begründung führte das OLG Oldenburg aus, dass der Ehemann andernfalls zur Befriedigung der Ausgleichsforderung einen beachtlichen Teil der von ihm in der Zwischenzeit als Alleininhaber fortgeführten Praxis verwerten oder sich erheblich verschulden müsste. Da gerade aus den Gewinnen dieser Tierarztpraxis aber auch der Unterhalt der geschiedenen Ehefrau zu leisten sei, würde diese andernfalls in doppelter Weise an dem Anteil des Ehemannes an der Tierarztpraxis partizipieren. Eine solche doppelte Teilhabe sei auszuschließen.

B. Kriterien für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis

Der BGH sah seine Rechtsprechung zum Doppelverwertungsverbot durch das OLG Oldenburg unzutreffend gedeutet und kam dementsprechend im Hinblick auf die

13 BGHZ 175, 207 = DNotZ 2008, 536 = FamRB 2008, 134 = FamRZ 2008, 761 = FuR 2008, 295 = MDR 2008, 508 = MedR 2008, 365 = MittBayNot 2008, 384 = NJW 2008, 1221 = Stbg 2008, 174 mit Anm. *Wehmeier* = ZFE 2008, 270; ZNotP 2008, 245; siehe hierzu *Münch*, NJW 2008, 1201; *Dauner-Lieb*, Unternehmen im Zugewinnausgleich, FuR 2008, 209; *Kucken*, FuR 2008, 270; *Weinreich*, Der Oldenburger Tierarztfall, FuR 2008, 321; *Olbrich/Olbrich*, DB 2008, 1483; *Boos*, Bewertung von Arzt- und Zahnarztpraxen unter Beachtung des BGH-Urteils vom 06.02.2008 – XII ZR 45/06, NJW 12/2009, XL.

14 OLG Oldenburg, FamRZ 2006, 1031 mit Anm. *Hoppenz*. Das OLG Köln, FamRZ 2006, 704 hatte einem solchen Vorgehen widersprochen.

Ausklammerung des Anteils an der Tierarztpraxis aus dem Zugewinnausgleich zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Bewertungsmethode

Der BGH wies zunächst darauf hin, dass für die Bewertung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB der objektive Verkehrswert zum maßgeblichen Stichtag zu ermitteln sei. Ziel der Wertermittlung sei es deshalb, den Praxisanteil mit seinem „vollen, wirklichen“ Wert anzusetzen. Wegen der großen Anzahl an sachverhaltsspezifischen Methoden obliege die Auswahl der Bewertungsmethode und deren Anwendung dem sachverständig beratenen Tatrichter.

Als geeignete Bewertungsmethoden kommen nach Auffassung des BGH die Richtlinien, die von einem Gremium der zuständigen Standesorganisation empfohlen und verbreitet angewendet werden, in Betracht. Nach den Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen¹⁵ erfolgt die Bewertung durch eine Kombination von Substanzwert (Praxiseinrichtung, technisches Gerät, etc.) und good will. Während ersterer nach allgemeinen Grundsätzen festgestellt wird, entspricht der ideelle Wert einer Arztpraxis regelmäßig einem Drittel des durchschnittlichen Jahresumsatzes der letzten drei Kalenderjahre vor dem Kalenderjahr des Bewertungsfalles, wobei vom durchschnittlichen Jahresumsatz ein kalkulatorischer Arztlohn für den Praxisinhaber abzusetzen ist.

Von der Betriebswirtschaftslehre werden derartige Bewertungsstandards abgelehnt und die Anwendung eines Ertragswertverfahrens verlangt.¹⁶

II. Vermeidung einer Doppelverwertung durch Abzug eines konkret gerechtfertigten Unternehmerlohns

Zur Vermeidung einer zweifachen Teilhabe am Vermögenswert der freiberuflichen Praxis will der BGH den good will dadurch ermitteln, dass von dem umsatzbezogenen Ausgangswert nicht ein pauschal angesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn, sondern der nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn in Abzug gebracht wird.

Zur Begründung verwies der BGH darauf, dass eine doppelte Teilhabe am Vermögen nur auftreten könne, wenn jeweils dieselbe Vermögensposition ausgeglichen werde. Im Zugewinnausgleich sei allein das Vermögen auszugleichen, das aus allen rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert bestehe, während das Unterhaltsrecht dazu diene, den Unterhaltsbedarf des Berechtigten zu decken. Zu

¹⁵ Abgedruckt bei *Schröder*, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2007, Rn. 175.

¹⁶ *Kuckenburg*, FuR 2008, 270, 271; *Olbrich/Olbrich*, DB 2008, 1483; *Boos*, NJW 12/2009, XL.

einer Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt könne es deshalb nur dann kommen, wenn zum Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen werde.

Die für die Bewertung maßgebende Ertragsprognose bei der Bewertung freiberuflicher Praxen lasse sich nicht von der Person des derzeitigen Inhabers trennen. Die Erwartung künftigen Einkommens, das der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen sei, könne jedoch nicht für den Zugewinnausgleich maßgebend sein. Insoweit komme es nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen an. Bewertungsobjekt könnten deshalb nur Ertragsmerkmale sein, die auf einen potentiellen Erwerber übertragbar seien.

Dem good will einer freiberuflichen Praxis komme in der Regel ein eigener Marktwert zu, da der potenzielle Erwerber einer freiberuflichen Praxis mit ihm die Chance erwerbe, die Kunden oder Patienten zu übernehmen. Für die Vermögensbewertung im Rahmen des Zugewinnausgleichs werde dieser aber nur dann zutreffend ermittelt, wenn von dem zunächst festgestellten Ausgangswert nicht ein pauschaler Unternehmerlohn, sondern der den individuellen Verhältnissen entsprechende Unternehmerlohn abgezogen wird. Nur auf diese Weise werde der auf den derzeitigen Praxisinhaber bezogene Wert eliminiert, der auf dessen Arbeit, persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruhe und auf einen Übernehmer nicht übertragbar sei. Das aus der subjektiven Leistung des Praxisinhabers resultierende Einkommen sei entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen für den Unterhalt einzusetzen.

III. Berücksichtigung der Steuerlast

Nach Ansicht des BGH ist schließlich vom Unternehmenswert die im Falle einer Veräußerung der Praxis anfallende latente Steuerlast in Abzug zu bringen.¹⁷ Hierbei ist auf die am Bewertungsstichtag geltenden persönlichen steuerlichen Verhältnisse des Ausgleichspflichtigen abzustellen.

¹⁷ So auch bereits BGH, FamRZ 1991, 43.

Kapitel 4 Ermittlung des konkret gerechtfertigten Unternehmerlohns

Im Rechnungswesen eines Freiberuflers findet sich kein Posten für seine Tätigkeitsvergütung. Diese drückt sich vielmehr im Gewinn aus, der neben der subjektiven Leistung des Praxisinhabers auch noch dessen unternehmerisches Risiko und die Verzinsung des eingesetzten Kapitals repräsentiert.¹⁸

Ausgehend von den durchschnittlichen Branchenkennzahlen können besondere Kriterien für die Ermittlung des konkret gerechtfertigten Unternehmerlohns insbesondere sein:¹⁹

- Fachkenntnisse und Berufserfahrung (Alter, Schulabschluss, akademische Grade, Berufsqualifikation, Spezialisierungen)
- Kommunikative Fähigkeiten
- Kreativität
- Leistungsbereitschaft
- Risikotoleranz
- Bereitschaft und Fähigkeit, viel zu arbeiten
- Unterstützung aus dem privaten Umfeld

Im Ergebnis sinken die Praxiswerte dort, wo sie vor allem auf der höchstpersönlichen Leistung des Inhabers beruhen. Die Praxis eines berühmten Herzspezialisten oder Staranwalts kann von dessen Nachfolger vermutlich nicht mit vergleichbarem Ruf geführt werden. Dies rechtfertigt den Abzug eines hohen konkreten Unternehmerlohnes.²⁰

18 Kuckenburg, FuR 2008, 270, 271.

19 Vgl. auch Kuckenburg, FuR 2008, 270, 272; Wehmeier, Zugewinnausgleich: Praxiswert ist zu berücksichtigen, Die Steuerberatung 2008, 173, 177.

20 Münch, NJW 2008, 1201, 1202; vgl. auch Weinreich, FuR 2008, 321, 323.

Kapitel 5 Folgerungen für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt

A. Verpflichtung des unterhaltspflichtigen Kindes zur Verwertung seiner freiberuflichen Praxis?

Die Frage nach der angemessenen Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt stellt sich nur, wenn der Wert der freiberuflichen Praxis unterhaltsrechtliche Auswirkungen hat, d.h. im konkreten Einzelfall überhaupt eine Verpflichtung des unterhaltspflichtigen Kindes zur Verwertung seiner freiberuflichen Praxis besteht.

Ob dies in der Praxis sehr häufig der Fall sein wird, erscheint zumindest zweifelhaft. Nach der Rechtsprechung²¹ muss das potenziell unterhaltspflichtige Kind den Stamm seines Vermögens dann nicht einsetzen, wenn die Vermögensverwertung mit einem wirtschaftlich nicht vertretbaren Nachteil verbunden wäre oder die Verwertung es von laufenden Einkünften abschneiden würde, die es zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche bzw. anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts – besonders im Alter – benötigt.

Dass die Veräußerung einer freiberuflichen Praxis zum Abschneiden der mit ihr erzielten Einkünfte führt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Ob der Unterhaltspflichtige diese Einkünfte zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche bzw. anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts – besonders im Alter – benötigt und damit eine Verwertung der freiberuflichen Praxis bereits aus diesem Grunde ausgeschlossen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und lässt sich nicht allgemein beantworten. Im Normalfall wird ein Freiberufler sicherlich seinen Lebensunterhalt und den seiner Familie aus den Einkünften, die er aus seiner Praxis erzielt, bestreiten. Eine Pflicht zur Verwertung der freiberuflichen Praxis besteht dann nicht.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Verwertung einer freiberuflichen Praxis für den Unterhaltspflichtigen mit einem wirtschaftlich nicht vertretbaren Nachteil verbunden ist, kann auf einen Rechtsgedanken aus dem Sozialhilferecht zurückgegriffen werden. Nach § 90 Abs. 2 Nr. 5 SGB XII darf Sozialhilfe nicht vom Einsatz oder von der Verwertung von Gegenständen, die zur Aufnahme oder Fortsetzung der

21 Vgl. BGH, FamRZ 2004, 1184; BGH, NJW-RR 1986, 66; OLG Hamm, FamRZ 2002, 1212; siehe auch *Schibel*, Der Einsatz des Vermögens beim Elternunterhalt, NJW 1998, 3449; *Brundermüller*, Elternunterhalt - Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 633; *Ehinger*, NJW 2008, 2465.

Berufsausbildung oder der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind, abhängig gemacht werden. Für den Elternunterhalt mit seinem abgeschwächten Unterhaltsrechtsverhältnis kann nichts anderes gelten. Auch aus diesem Grund dürfte daher das zur Fortführung eines Betriebes oder einer freiberuflichen Tätigkeit erforderliche Vermögen regelmäßig von der Pflicht zur Verwertung für den Elternunterhalt ausgenommen sein.²²

Lediglich in einem Sonderfall, indem die Existenz des Unterhaltsschuldners nicht von seinem Betrieb abhing, hat das OLG Karlsruhe²³ im Jahr 2003 die Veräußerung von Betriebsvermögen für zumutbar erachtet und dies insbesondere auch trotz der durch den Verkauf entstehenden Steuerlast. In dem konkreten Fall wurde ein freiberuflich tätiger Arzt zum Einsatz seines im Nebenerwerb betriebenen landwirtschaftlichen Betriebes für den Elternunterhalt verpflichtet.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass eine Verpflichtung zur Verwertung einer freiberuflichen Praxis für den Elternunterhalt regelmäßig nicht besteht. Dies gilt jedenfalls für den „normalen“ Freiberufler, der mit seiner Praxis seinem Beruf zum Zwecke der Einkommenserzielung nachgeht. Ausnahmen könnten in solchen Fällen denkbar sein, in denen das unterhaltspflichtige Kind die freiberufliche Tätigkeit neben einem anderen Hauptberuf in untergeordnetem Umfang ausübt oder der freiberuflichen Praxis Sachwerte zuordnet, die für die Ausübung der freiberuflichen Tätigkeit nicht betriebsnotwendig sind. Letzteres gilt allerdings nur dann, wenn die Sachwerte nicht wiederum selbst vor einer Vermögensverwertung verschont sind, wie etwa ein Bürohaus, in dem der Freiberufler seine Praxis eingerichtet, die weiteren Büroräume vermietet hat und die Mieterträge für den Unterhalt eigener Kinder erforderlich sind.

B. Umsetzung des Doppelverwertungsverbots beim Elternunterhalt

Ist die freiberufliche Praxis im Einzelfall für den Elternunterhalt einzusetzen, können die Kriterien des BGH für die Unternehmensbewertung aus dem Urteil vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06 entsprechend herangezogen werden. Die Erträge der freiberuflichen Praxis finden bereits bei der Ermittlung des Einkommens des Unterhaltspflichtigen Berücksichtigung. Sie dürfen daher zur Vermeidung einer Doppelverwertung nicht nochmals für die Bewertung der freiberuflichen Praxis als Bestandteil des für den Elternunterhalt einzusetzenden Vermögens herangezogen werden.

Bewertungsobjekt sind dementsprechend nur solche Positionen, die auf einen potentiellen Erwerber übertragbar sind. Ein good will ist nur insoweit zu berücksichtigen, als ihm ein eigener Marktwert zukommt. Der konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn zählt hierzu nicht. Dieser ist vom Praxiswert abzuziehen.

²² Vgl. auch *Hammermann*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1603 BGB, Rn. 103.

²³ OLG Karlsruhe, NJW 2004, 296.

C. *Sonderfall: Notar*

Einen Sonderfall der Bewertung einer freiberuflichen Praxis stellt die Praxis eines Notars dar. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1998, bei der es um die Bewertung des Anteils an einer Steuerberaterpraxis im Zugewinnausgleich ging, hat der BGH²⁴ darauf hingewiesen, dass ein Notar Träger eines öffentlichen Amtes sei und dementsprechend kein „Notariat“ besitze, das er als solches an einen Dritten veräußern könne. Dies unterscheide eine Notarpraxis von einem Steuerberater, der mit dem Anteil an seiner Steuerberatungsgesellschaft über einen Vermögenswert verfüge, der grundsätzlich veräußerlich und demgemäß auf dem freien Markt realisiert werden könne.

Für die Bewertung des von einem Notar für den Elternunterhalt einzusetzenden Vermögens kann nichts anderes gelten. Infolge der Unveräußerbarkeit kommt dem Notariat als solchem kein eigenständiger Praxiswert zu. Die Frage, ob überhaupt eine Verpflichtung zur Verwertung der freiberuflichen Praxis besteht, stellt sich für den Notar von vornherein nicht. Für den Elternunterhalt heranzuziehen sind allenfalls Sachwerte, die zum nicht betriebsnotwendigen Vermögen des Notars gehören.

Sein Einkommen aus dem Notariat hat der Notar dagegen wie jeder andere freiberuflich Tätige auch im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Bemessungskriterien für den Elternunterhalt einzusetzen.

24 BGH, NJW 1999, 784; krit. *Dauner-Lieb*, FuR 2008, 209, 215.

Kapitel 6 Fazit

Im Regelfall dürfte ein Freiberufler nicht verpflichtet sein, den Wert seiner freiberuflichen Praxis für den Elternunterhalt einzusetzen. In den Fällen, in denen eine solche Verpflichtung ausnahmsweise doch besteht, können die Kriterien des BGH für die Bewertung einer freiberuflichen Praxis aus dem Urteil vom 6.2.2008 – XII ZR 45/06 herangezogen werden.

Der Elternunterhalt als Schnittfeldproblematik zwischen dem Zivilrecht und dem Sozialrecht

Prof. Dr. Armin Höland, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Kapitel 1 Einleitung und Fragestellung

Der Elternunterhalt ist eine Ausprägung des familienrechtlichen Grundsatzes der Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in gerader Linie. Verwandte sind nach § 1601 BGB verpflichtet, „einander Unterhalt zu gewähren“. Das Pronomen „einander“ ist normativ neutral, soziologisch hingegen durch Üblichkeiten ausgestaltet. Üblich ist im sozialen, rechtlichen und biologischen Verständnis von Familie in Europa die Unterhaltsverpflichtung in der Abstammungslinie nach unten, das heißt von den Älteren bzw. den Eltern zu den durch sie gezeugten Jüngeren, den Kindern. In der Pflichtenstellung der Eltern gegenüber den Kindern bildet sich tradierte gesellschaftliche Wirklichkeit ab. Sie beruht auf der einen Seite auf der typischerweise höheren finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern, auf der anderen Seite auf einer mit dem Fortschritt der schulischen und beruflichen Entwicklung der Kinder sich verringernden Bedürftigkeit der Kinder. Die Typik des Unterhaltsrechts hat in Deutschland wie auch anderswo in Europa zunehmende Konkurrenz durch eine gegenläufige Entwicklung erhalten. Die überkommenen Unterhaltsrollen werden zum Teil vertauscht. Aus Eltern werden Bedürftige, aus Kindern Verpflichtete. Das hat seine Gründe in weitreichenden Umbauprozessen, die die Familienwirklichkeit in West- wie Ostdeutschland nach dem Zweiten Weltkrieg, verstärkt seit den 1970er Jahren erfasst haben.¹ Die Vertauschung der Unterhaltsrollen findet nur zu einem kleinen Teil innerhalb der Familie statt. Den wichtigsten Anlass für die rechtliche Thematisierung des Elternunterhalts bildet ein zweiter Rollentausch, der zwischen den bürgerlich-rechtlichen Personen der Eltern und den Leistungen erbringenden Institutionen des Sozialstaats. Zugrunde liegt diesem Rollentausch die Mechanik des gesetzlich angeordneten Übergangs von Ansprüchen. Es sind in der Rechtswirklichkeit im Regelfall nicht die Eltern, die ihre Kinder auf Unterhalt in Anspruch nehmen, sondern die Träger der öffentlichen Hilfe, vorwiegend der Sozialhilfe, aufgrund übergegangener Unterhaltsansprüche.² Bei allen Unzulänglichkeiten aufgrund der Auswahl effekte bestätigen auch Recherchen im Datenbank-System „Juris“, dass gerichtliche Entscheidungen zum Elternunterhalt nur der Bezeichnung nach von natürlichen Eltern, tatsächlich jedoch ganz überwiegend von Sozialleistungsträgern aufgrund Anspruchsübergangs geltend gemacht werden.³ Im Regelfall versuchen die

1 *Born*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2008, § 1601 Rn. 9 m.w.N. Umfangreiche sozialstatistische Daten bietet der Zweite Zwischenbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drucks. 13/11460 vom 5.10.1998, sowie der Schlussbericht dieser Enquête-Kommission vom 28.3.2002, BT-Drucks. 14/8800.

2 *Born* (Fn. 1), § 1601 Rn. 10.

3 Mit Stand vom 25. Oktober 2010 sind in „Juris“ 180 gerichtliche Entscheidungen veröffentlicht, die mit Bezug zum Elternunterhalt ergangen sind.

Ämter, sich die von ihnen aufgewendeten Kosten jedenfalls zum Teil von unterhaltspflichtigen Kindern zurückzuholen.⁴

Bei rechtssystematischer Betrachtung ist auf diese Weise ein interessantes Schnittfeld zwischen dem Bürgerlichen Recht, hier vor allem dem Familienrecht im Vierten Buch des BGB, und dem Öffentlichen Recht, hier vor allem dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII – Sozialhilfe), entstanden. Verknüpft werden die beiden Rechtsgebiete durch den gesetzlichen Anspruchsübergang. Für die Sozialhilfe ordnet § 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII die *cessio legis* mit folgendem Wortlaut an: „Hat die leistungsberechtigte Person für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, nach bürgerlichem Recht einen Unterhaltsanspruch, geht dieser bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch auf den Träger der Sozialhilfe über.“⁵

Rechtswissenschaftlich wie rechtssoziologisch interessant werden Schnittfelder, wenn Bereiche einander nicht nur in einem statischen Sinne überlappen, sondern in einem dynamischen Sinne beeinflussen. Einfluss nehmen können Rechtsgebiete unter den Blickwinkeln der Menge wie der Art und Weise der Rechtsanwendung. Das Thema des Elternunterhalts bietet ein interessantes Studienobjekt für beide Wirkungsdimensionen, die Mengenveränderung wie die Qualitätsveränderung, die durch den sozialhilferechtlichen Anspruchsübergang für die Doktrin des Elternunterhalts erzeugt worden sind.

Die folgende Abhandlung wird kurz mit ausgewählten Daten den sozio-demographischen Hintergrund des Elternunterhalts skizzieren (II.), sich des rechtssystematischen Abstandes zwischen dem Bürgerlichen Recht und dem Sozialrecht vergewissern (III.), die Voraussetzungen und rechtlichen Wirkungen des Anspruchsübergangs beschreiben (IV.) und anschließend die rechtlichen Wirkungen des Schnittfeldes genauer in den Blick nehmen (V.).

A. Sozio-demographische Entwicklungen mit Bezug zum Elternunterhalt

In dem Anstieg der Zahl gerichtlicher Entscheidungen mit Bezug zum Elternunterhalt wirken zwei Bedingungen zusammen. Zum Ersten drückt sich hierin ein Anstieg der Zahl bedürftiger und deshalb auf Unterhaltsleistungen angewiesener Eltern aus, zum Zweiten hat allem Anschein nach die Bereitschaft zur Erhebung von Klagen auf Unterhaltszahlung zugenommen, eine Veränderung, die nicht notwendigerweise mit der erstgenannten Entwicklung gekoppelt sein muss.

Die zunehmende Unterhaltsbedürftigkeit von Älteren und Eltern hat ihren sozio-demographischen Hintergrund. An dieser Stelle soll eine knapp skizzierende Kenn-

⁴ Born (Fn. 1), § 1601 Rn. 10.

⁵ Vergleichbare Anordnungen eines Anspruchsübergangs finden sich in § 50 Abs. 1 SGB I, § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II, §§ 72 Abs. 2, 187 S. 1, 332 SGB III, § 95 SGB VIII, §§ 87 Abs. 2, 115, 116, 119 SGB X, §§ 37 und 38 BAföG.

zeichnung genügen. Für die Erklärung der gewachsenen Bedeutung des Elternunterhalts kommen unter anderem folgende Veränderungen in Betracht:

Die Menschen in Deutschland leben länger. Das ist eine fundamentale Veränderung. 2005 waren knapp 16 Millionen Menschen in Deutschland 65 Jahre alt und älter, 2050 werden es etwa 23 Millionen sein.⁶

Die Lebenserwartung Neugeborener ist im Vergleich der Jahre 1871-1881 und 2002-2004 stark gestiegen, vor allem auf Grund der Verringerung der Säuglings- und Kindersterblichkeit.⁷ Sie lag im ersten Jahrzehnt des Deutschen Reichs bei 35,6 Jahren für Männer und 38,4 Jahren für Frauen; sie liegt gegenwärtig bei 75,9 Jahren für Männer und 81,5 Jahren für Frauen. Ohne die deutlich angestiegene Lebenserwartung von Männern und Frauen gäbe es seltener Pflegebedürftigkeit und damit auch weniger Unterhaltsanlässe im Verhältnis von Kindern zu Eltern.⁸

Der Altersaufbau der Bevölkerung hat sich innerhalb der vergangenen 100 Jahre nachhaltig geändert. Die klassische Bevölkerungspyramide, die sich in Deutschland noch im Jahr 1910 ergab, ist nach zwei Weltkriegen und der Weltwirtschaftskrise Anfang der 1930er Jahre durch eine „zerzauste Wettertanne“ abgelöst worden.⁹ Damit ist die demographische Basis für eine innerhalb der Familie leistbare Betreuung der Älteren kleiner geworden.

Auch unter der Annahme einer sich wieder verlängernden Lebensarbeitszeit erwerbstätiger Menschen wird sich die Zeitdifferenz zwischen Berufsende und Lebensende erhöhen.

Der Anteil derjenigen älteren Menschen, deren Betreuung und Pflege nicht mehr innerhalb der Familie, sondern in Einrichtungen außerhalb der Familie erbracht wird, ist im Steigen begriffen.

Die Kosten institutioneller Betreuung und Pflege übersteigen die finanzielle Leistungsfähigkeit älterer Menschen trotz überwiegend verbesserter Alterseinkommen häufig. Hieraus folgt verstärkte Inanspruchnahme von Leistungen der Sozialhilfe.

B. Bürgerliches Recht und Sozialrecht in der Systematik der Rechtsordnung

Bürgerliches Recht und Sozialrecht sind geschichtlich wie systematisch weit voneinander entfernt. Das Bürgerliche Recht beruht auf der Grundannahme des uneingeschränkt handlungsfähigen, sich durch frei gebildeten Willen und die Verfolgung eigener Interessen selbst steuernden Individuums. Einschränkungen kennt das robuste Weltbild des Bürgerlichen Rechts nur ausnahmsweise für Personen, bei denen die uneingeschränkte Steuerungskraft des Willens noch nicht oder nicht oder nicht mehr gewährleistet ist; für die unter elterlicher Sorge stehenden Kinder, für Minderjähri-

6 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2050, Wiesbaden 2006, S. 22, Schaubild 8.

7 Statistisches Bundesamt (Fn. 6), S. 38, Schaubild 15.

8 Statistisches Bundesamt (Fn. 6), S. 23.

9 Statistisches Bundesamt (Fn. 6), S. 16, Schaubild 3.

ge, die unter Vormundschaft oder Volljährige, die unter Betreuung stehen. Das zentrale Instrument für die verbindliche rechtliche Koordinierung der autonom handelnden Individuen ist der Vertrag. In ihm konkretisiert sich die Idee des Privatrechts. Der Vertrag ist das freieste Mittel der Erzeugung und Verwirklichung von Recht, allerdings nur, wenn die Bedingungen der Freiheit – die Freiheit des Willens und der Wahl, die Freiheit von Zwang gegeben sind.

Das Sozialrecht hat seine Entwicklung von einem weit entfernten, genauer besehen, von einem dem Zivilrecht entgegen gesetzten Topos in der Landschaft des Rechts genommen. Den Unterschied markiert § 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I). Das Recht des Sozialgesetzbuchs, heißt es in Absatz 1, soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen einschließlich sozialer und erzieherischer Hilfen gestalten. Es soll dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen, die Familie zu schützen und zu fördern, den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden oder auszugleichen. Hier ist nicht vom privaten Individuum und von rechtlicher Selbstgestaltung die Rede. Die begrifflichen Referenzen verweisen auf eine andere Ausgangslage: Die substantivischen Aussagen „soziale Gerechtigkeit“, „soziale Sicherheit“ und „Sicherung eines menschenwürdigen Daseins“, wie auch die Verben „sichern“, „schützen“ und „fördern“, „ermöglichen“, „abwenden“ und „ausgleichen“ entstammen nicht dem Vokabular der Privatautonomie. Sie haben die Notwendigkeit sozialstaatlicher Eingriffe und Korrekturen vor Augen. Derer bedürfen Individuen, die aus von ihnen selbst nicht zu ändernden Gründen nicht (mehr) autonom sind. Haben Menschen nicht die körperliche Gesundheit oder nicht die geistige Stärke, nicht die finanziellen Ressourcen oder/und nicht die soziale und kulturelle Kompetenz, die sie benötigen, um sich in Gesellschaft und Wirtschaft behaupten zu können, dann muss ihnen der soziale Staat ergänzend, schützend und ausgleichend zur Seite stehen. Das ist das durch das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 S. 1 GG in die Verfassung eingeschriebene Weltbild der Bundesrepublik Deutschland.

Die Weltbilder des Privatrechts mit dem privaten Individuum als Bezugsfigur und des Sozialrechts mit dem schutzbedürftigen, auf Ausgleich und Förderung angewiesenen sozialen Individuum werden durch das vor allem das fürsorgende Sozialrecht kennzeichnende Prinzip der Nachrangigkeit verkoppelt. So heißt es in der Einweisungsvorschrift zur Sozialhilfe in § 9 SGB I, dass ein Recht auf persönliche und wirtschaftliche Hilfe hat, wer „nicht in der Lage ist, aus eigenen Kräften seinen Lebensunterhalt zu bestreiten oder in besonderen Lebenslagen sich selbst zu helfen, und auch von anderer Seite keine ausreichende Hilfe erhält.“ Dieser Gedanke wird näher ausgeführt im traditionellen Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe, der heute seinen Ausdruck in § 2 SGB XII findet.¹⁰ Nach Abs. 1 dieser Vorschrift erhält

10 Zur strukturellen Bedeutung des Grundsatzes der Nachrangigkeit im Sozial- und Fürsorge-recht siehe *Rothkegel*, Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, Baden-Baden 2000, S.

Sozialhilfe nicht, wer sich vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. In Ausführung des Grundsatzes der Nachrangigkeit der Sozialhilfe ordnet § 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII¹¹ an, dass der nach bürgerlichem Recht bestehende Unterhaltsanspruch einer leistungsberechtigten Person bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch auf den Träger der Sozialhilfe übergeht. So werden die beiden entfernten Rechtsgebiete durch die einfache Mechanik der *cessio legis* eng miteinander verbunden.

Zum Einsatz gebracht werden kann die Mechanik des Anspruchsübergangs durch einen vorrangigen Unterhaltsanspruch der hilfebedürftigen Person. Nach § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Unterhaltsberechtigter ist nach § 1602 Abs. 1 BGB nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. § 1603 Abs. 1 BGB schränkt die Unterhaltspflicht unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit ein. Unterhaltspflichtig ist danach nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Das Maß des zu gewährenden Unterhalts schließlich bestimmt sich nach § 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen. Aus diesen vier Vorschriften setzt sich eine Rechtslage zusammen, die in der Wirklichkeit der bundesdeutschen Gesellschaft in den letzten 20 Jahren deutlich an Häufigkeit und Bedeutung zugenommen hat – die Situation unterhaltsbedürftiger Eltern.

C. Der Übergang von Ansprüchen im Sozialrecht

Der gesetzliche angeordnete Übergang von Ansprüchen hat im Sozialrecht eine das System sichernde Bedeutung. Nicht nur das Recht der Sozialhilfe, sondern das sozialrechtliche Leistungssystem insgesamt steht unter dem Grundsatz der Nachrangigkeit und, mit Rücksicht auf die Zweckbindung der öffentlichen Sozialkassen bzw. der sozialrechtlichen Versichertengemeinschaften, unter dem Grundsatz effizienter Allokation und Verwendung von Mitteln. Der Anspruchsübergang schützt im Sozialhilferecht den Grundsatz der Nachrangigkeit und in anderen sozialen Fürsorge- und Versicherungssystemen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der zweckgebundenen Allokation. Dahinter steht jeweils die Logik des Tauschs. Wer aufgrund von Umständen oder gesetzlich angeordnetem Leistungseintritt leisten muss, soll sich durch die Überleitung des beim Leistungsempfänger bestehenden Anspruchs gegen einen primär Verpflichteten schadlos halten können.

92 ff.; *Neumann-Duesberg*, Die allgemeinen Grundsätze des Sozialhilferechts, Soziale Sicherheit 1964, S. 166 f.

11 So wie zum vorherigen Rechtszustand § 91 Bundessozialhilfegesetz (BSHG).

Den Übergang von Ansprüchen hat der sozialrechtliche Gesetzgeber in einer Mehrzahl von Fällen angeordnet. Neben dem erwähnten § 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII, der im Mittelpunkt dieser Abhandlung steht, gehören dazu beispielsweise die folgenden Überleitungsnormen:

- § 50 Abs. 1 SGB I
Die Vorschrift des § 50 Abs. 1 SGB I knüpft an den in § 49 Abs. 1 SGB I geregelten Sonderfall der Unterbringung eines Leistungsberechtigten an. Laufende Geldleistungen, die der Sicherung des Lebensunterhalts zu dienen bestimmt sind, sind in dem Falle, dass ein Leistungsberechtigter auf Grund richterlicher Anordnung länger als einen Kalendermonat in einer Anstalt oder Einrichtung untergebracht ist, an die Unterhaltsberechtigten ausbezahlen, soweit der Leistungsberechtigte kraft Gesetzes unterhaltspflichtig ist und er oder die Unterhaltsberechtigten es beantragen. Ist der Leistungsberechtigte in diesem Sinne untergebracht, kann die Stelle, der die Kosten der Unterbringung zur Last fallen, seine Ansprüche auf laufende Geldleistungen, die der Sicherung des Lebensunterhalts zu dienen bestimmt sind, durch schriftliche Anzeige an den zuständigen Leistungsträger auf sich überleiten.
- § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II
Das der Grundsicherung für Arbeitsuchende gewidmete SGB II ordnet einen Anspruchsübergang in § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II für den Fall an, dass Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, einen Anspruch gegen einen anderen haben, der nicht Leistungsträger ist. In einem solchen Falle geht der Anspruch bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf die Träger der Leistungen nach diesem Buch über, wenn bei rechtzeitiger Leistung des anderen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht erbracht worden wären.
- §§ 72 Abs. 2, 187 S. 1, 332 SGB III
Im Sozialgesetzbuch III – dem Recht der Arbeitsförderung – sind Anspruchsüberleitungen an drei Stellen eingerichtet. Nach § 72 Abs. 2 S. 1 SGB III geht ein Anspruch des Auszubildenden auf Unterhaltsleistungen gegen seine Eltern bis zur Höhe des anzurechnenden Unterhaltsanspruches zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch mit der Zahlung der Berufsausbildungsbeihilfe auf die Agentur für Arbeit über. § 187 S. 1 SGB III ordnet einen entsprechenden Anspruchsübergang bei Arbeitsentgelt an, das einen Anspruch auf Insolvenzgeld begründet. Nach § 332 Abs. 1 S. 1 SGB III kann die Agentur für Arbeit durch schriftliche Anzeige an den Leistungspflichtigen bewirken, dass Ansprüche eines Erstattungspflichtigen auf Leistungen zur Deckung des Lebensunterhaltes in Höhe der zurückzuzahlenden Leistung auf die Bundesagentur übergehen.

- § 95 SGB VIII

Eine Überleitung von Ansprüchen im Zusammenhang mit Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ordnet § 95 SGB VIII an. Hat eine der in § 92 Abs. 1 genannten Personen für die Zeit, für die Jugendhilfe gewährt wird, einen Anspruch gegen einen anderen, der weder Leistungsträger im Sinne des § 12 des SGB I noch Kostenbeitragspflichtiger ist, so kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 95 SGB VIII durch schriftliche Anzeige an den anderen bewirken, dass dieser Anspruch bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht.

- §§ 87 Abs. 2, 115, 116, 119 SGB X

Anspruchsübergang kann und soll auch in der Zusammenarbeit der Leistungsträger untereinander sowie zur Ermöglichung von Erstattungs- und Ersatzansprüchen der Leistungsträger gegen Dritte stattfinden. Entsprechende Regelungen finden sich im Zehnten Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) im § 87 Abs. 2 SGB X und in den §§ 115 (Ansprüche gegen den Arbeitgeber), 116 Abs. 1 (Ansprüche gegen Schadensersatzpflichtige) und 119 Abs. 1 (Übergang von Beitragsansprüchen).

- §§ 37 und 38 BAföG

Ein Beispiel für ein Gesetz, das nach § 68 SGB I als Besonderer Teil dieses Gesetzbuches gilt, ist das Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG). Auch hier findet sich die Regelung eines Anspruchsübergangs. Hat der Auszubildende für die Zeit, für die ihm Ausbildungsförderung gezahlt wird, nach bürgerlichem Recht einen Unterhaltsanspruch gegen seine Eltern, so geht dieser nach § 37 Abs. 1 S. 1 BAföG zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch mit der Zahlung bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf das Land über, jedoch nur soweit auf den Bedarf des Auszubildenden das Einkommen der Eltern nach diesem Gesetz anzurechnen ist.

Der gesetzliche Übergang eines Anspruchs bewirkt allein die Veränderung der Zuständigkeit für den Anspruch, nicht die Veränderung des Inhaltes des Anspruchs. Das gilt auch für den Anspruch auf Unterhaltszahlung.¹²

Die sozialrechtliche Bedingtheit des Anspruchsübergangs kann nicht nur zur Einschränkung, sondern auch, wie § 94 Abs. 1 S. 3, 2. Hs. SGB XII zeigt, zum Ausschluss des Übergangs führen. Hat der Leistungsberechtigte einen Anspruch nach dem Vierten Kapitel, das heißt nach den Vorschriften der §§ 41 ff. SGB XII zur Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, so ist der Übergang des Anspruchs gegenüber Eltern und Kindern ausgeschlossen. Insoweit hat das Sozialrecht

12 Der BGH verweist in der Entscheidung vom 23.10.2002 (XII ZR 266/99) auf *Lohmann*, Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Familienrecht, 8. Aufl. 1997, Rn. 370; *Engler*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. Juli 2000, Vorbem. zu §§ 1601 ff. Rn. 77; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 771, 772; vgl. auch Senatsurteil vom 3. Dezember 1980 - IVb ZR 537/80 - FamRZ 1981, 250, 252 zu der auch gegenüber dem Träger von Ausbildungsförderung nach der Überleitung von Unterhaltsansprüchen wirksamen Unterhaltsbestimmung nach § 1612 Abs. 2 BGB.

eine Filterfunktion für den Übergang des Anspruchs und damit den Wechsel in das bürgerliche Recht des Verwandtenunterhalts.

D. Der Übergang von Ansprüchen auf Elternunterhalt nach § 94 SGB XII im Lichte der Rechtsprechung – ausgewählte Probleme

Auch im Bereich des Elternunterhalts gelangt tatsächlich nur ein kleiner Ausschnitt des Streitgeschehens vor die Gerichte. Der Ausschnitt ist immerhin so groß geworden, dass eine eigene Jurisprudenz des Elternunterhalts entstehen konnte. Wesentlich dazu beigetragen hat die von familiären Emotionen unbeeindruckte Rückgriffspraxis der Sozialleistungsträger, insbesondere der Sozialämter, im Falle von Sozialleistungen für unterhaltsberechtigten Eltern. Die zentrale Klärungs- und Entwicklungsfunktion im case law des Elternunterhaltsrechts hat nach der Zuständigkeitsänderung im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform ab 1. Juli 1998 der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz eingenommen. Das private Unterhaltsrecht und das öffentlich-rechtliche Sozialhilferecht folgen, wie Münder es nennt, „unterschiedlichen Logiken“.¹³ Werden unterschiedliche Logiken in der Rechtsanwendung so eng miteinander verknüpft wie bei der Durchsetzung übergegangener Ansprüche auf Elternunterhalt, lässt das interessante wechselseitige Einflusswirkungen erwarten.

Für das Verständnis der Rechtsprechung zum Elternunterhalt ist es wichtig, sich die sozialrechtliche Konditionierung der erhobenen Ansprüche vor Augen zu halten. Da es sich im Regelfall um Rückgriffsansprüche nach der cessio legis des § 94 SGB XII handelt, müssen die Ansprüche die tatbestandlichen und begrifflichen Schleusen des § 94 Abs. 1 SGB XII passiert haben. Nach Satz 1 dieser Vorschrift muss die Person „leistungsberechtigt“ sein. In dem Begriff der „Leistung“ eingeschlossen ist die Voraussetzung, dass rechtmäßige Leistungen erbracht wurden.¹⁴ Auch über die spezifisch sozialhilferechtlichen Voraussetzungen der Leistungserbringung ist nach § 94 Abs. 5 S. 2 SGB XII im Zivilrechtsweg zu entscheiden.¹⁵ Darin liegt eine Übertragung der Prüfständigkeit und des Verfahrenskonzepts. Auch für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sind die Zivilgerichte zuständig; auch für diese Bestimmungen gilt damit der Beibringungsgrundsatz der ZPO.¹⁶ Unter dieser Maßgabe hat die Zivilgerichtsbarkeit, hier vor allem der Instanzendialog zwischen den Familiensenaten der 24 Oberlandesgerichte und dem XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, in den vergangenen 17 Jahren die wesentlichen Entscheidungslinien zu den Merk-

¹³ Münder, in: LPK-SGB XII, 8. Aufl. 2008, § 94 Rn. 4, 26.

¹⁴ Münder (Fn. 13), § 94 Rn. 9.

¹⁵ Die Regelung geht zurück auf das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23.6.1993, BGBl. I 944, das mit Wirkung vom 27.6.1993 den bis dahin gespaltenen Rechtsweg vereinheitlicht hat.

¹⁶ Münder, Der sozialhilferechtliche Übergang von Ansprüchen gegen zivilrechtlich Unterhaltspflichtige, NJW 2001, 2201, 2209; Münder (Fn. 13), § 94 Rn. 89 ff.

malen Leistungsfähigkeit, Bedürftigkeit und Bedarf sowie Einkommens- und Vermögensanrechnung herausgearbeitet.

Zur sozialrechtlichen Konditionierung des Anspruchs auf Elternunterhalt gehört, dass der Anspruch unter bestimmten, im § 94 Abs. 1 und Abs. 2 SGB XII genannten Voraussetzungen ausgeschlossen oder eingeschränkt sein kann. Ausgeschlossen ist der Übergang des Anspruchs nach § 94 Abs. 1 S. 2-6 SGB XII¹⁷, wenn und soweit der Unterhaltsanspruch durch laufende Zahlung erfüllt wird (S. 2); wenn die unterhaltspflichtige Person zum Personenkreis des § 19 gehört, der so genannten Einsatzgemeinschaft (S. 3); wenn die unterhaltspflichtige Person vom zweiten Grad an verwandt ist (S. 3); soweit es sich um einen Anspruch des Leistungsberechtigten nach dem Vierten Kapitel, das heißt im Rahmen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, gegenüber Eltern und Kindern handelt (S. 3); wenn sich der Unterhaltsanspruch gegen Verwandte ersten Grades einer Person richtet, die schwanger ist oder ihr leibliches Kind bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres betreut.

Mit dem Verweis in § 94 Abs. 1 S. 5 SGB XII auf § 93 Abs. 4 SGB XII wird eine Kollisionsregel einbezogen. Sie ordnet den Vorrang der §§ 115 und 116 des SGB X vor der Regelung des Absatzes 1 an. Damit kommen zunächst Ansprüche des leistenden Sozialleistungsträgers gegen den Arbeitgeber und gegen Schadensersatzpflichtige zur Anwendung.

Einschränkungen des Anspruchsübergangs legen die Absätze 2 und 3 von § 94 SGB XII fest. Für den Elternunterhalt ist Absatz 3 zu beachten. Danach gehen Ansprüche nicht über, soweit die unterhaltspflichtige Person Leistungsberechtigte nach dem Dritten und Vierten Kapitel ist oder der Übergang des Anspruchs eine unbillige Härte bedeuten würde. Die erste Alternative kodifiziert den von der Rechtsdogmatik entwickelten, auf das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG gestützten Grundsatz, dass durch hoheitliches Handeln niemand sozialhilfebedürftig werden darf.¹⁸ Um zu ermitteln, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Hypothese erreicht ist, ist eine sozialhilferechtliche Vergleichsberechnung im Hinblick sowohl auf den potentiellen Bedarf als auch auf die potentielle Bedürftigkeit anzustellen.¹⁹ Methodisch gesehen kann das eine anspruchsvolle Spiegelung sozialhilferechtlicher Prüfmaßstäbe in die Rechtsprechung der mit dem Unterhaltsanspruch befassten Zivilgerichte bedeuten.

Ist in sozialrechtlicher Hinsicht die Bahn frei für den bürgerlich-rechtlichen Anspruch von Eltern gegen ihre Kinder auf Unterhalt, sind die vier Hauptfragen des Unterhaltsrechts zu prüfen: die Bedürftigkeit, der Bedarf, die Leistungsfähigkeit und die Höhe des Unterhalts.

17 Sie entsprechen weitgehend den bereits von der Vorgänger-Vorschrift des § 91 Abs. 1 S. 2-4 BSHG formulierten Fällen, vgl. *Münder*, NJW 2001, 2201, 2203.

18 *Münder* (Fn. 13), § 94 Rn. 39; von *Borzeszkowski*, Sozialhilfe und Unterhalt, Neuwied u.a. 1996, S. 120.

19 *Münder* (Fn. 13), § 94 Rn. 41 f.

I. Entscheidungslinien der Zivilgerichte mit Bezug zum Elternunterhalt

Der Anspruch auf Unterhalt hat zwei Voraussetzungen, die aufeinander bezogen sind, die Bedürftigkeit und die Leistungsfähigkeit. Beide Voraussetzungen erzeugen ein zum Unterhalt verpflichtendes Rechtsverhältnis nur, wenn sie zeitgleich vorliegen.²⁰

1. Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten

Nach § 1602 Abs. 1 BGB ist unterhaltsberechtigt nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. In der Blickrichtung des Aszendentenanspruchs bedeutet das: Der unterhaltsbedürftige Elternteil hat vorrangig seine gesamten Einkünfte zur Deckung seines Bedarfs zu verwenden und grundsätzlich sein Vermögen einschließlich des Vermögensstamms zu verwerten.²¹ Zu den anrechenbaren Einkünften gehören auch Sozialleistungen, soweit sie nicht subsidiär gewährt wurden, Wohngeld, Leistungen der Pflegeversicherung und, soweit im jeweiligen Bundesland eingerichtet, das Pflegegeld nach dem Landespflegegeldgesetz, sowie Leistungen der Grundsicherung.²² Was die Rechtsprechung dem unterhaltsberechtigten Elternteil allenfalls belässt, ist „eine gewisse Vermögensreserve als sogenannten Notgroschen für Fälle plötzlich auftretenden (Sonder-)Bedarfs“.²³ Begründet wird das damit, dass auch betagte, in einem Heim lebende Eltern – ebenso wie andere ältere Menschen – noch Notfallreserven benötigen können, deren Auflösung ihnen deshalb nicht angesonnen werden könne. Dabei wird auch an einen „Notfall“ gedacht, der in den menschlichen Seinsbedingungen begründet liegt und für den Betroffenen letztlich kein Notfall mehr ist – das Bestreiten der Beerdigungskosten.²⁴ Hinsichtlich der Höhe des „Notgroschens“ orientiert sich der XII. Zivilsenat an der „im Schrifttum wohl herrschenden Meinung“, nach der regelmäßig zumindest der Schonbetrag nach dem nunmehrigen § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit a) der Verordnung zur Durchführung des § 90 Abs. 2 Nr. 9 des Zwölften Sozialgesetzbuchs anzusetzen sei.²⁵ In Geld ausgedrückt sind das bei über 60-jährigen Personen zur

20 BVerfG, 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051, unter I.3.a)aa).

21 *Hauß*, Elternunterhalt – Grundlagen und anwaltliche Strategien, FamRZ-Buch 21, Bielefeld 3. Aufl. 2010, Rn. 95, 103 ff.

22 *Ehinger*, Elternunterhalt - Gesetzliche Voraussetzungen und Beschränkungen der Inanspruchnahme durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, NJW 2008, 2465, 2466, m.w.N. Der Rückgriff des Leistungsträgers bei Leistungen der Grundsicherung für Eltern kommt nach § 43 Abs. 2 S. 1 SGB XII erst ab einem jährlichen Gesamteinkommen von 100.000 Euro in Betracht.

23 BGH, 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370; BGH, 5.11.1997, XII ZR 20/96, FamRZ 1998, 367, 369; BGH, 5.12.1956, IV ZR 215/56, FamRZ 1957, 120.

24 *Paletta*, FamRZ 2001, 1639 f.; *Hauß* (Fn. 21), Rn. 108 ff.

25 BGH, 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 unter 3. der Gründe, mit Verweis auf: *Derleder*, Rechtsgrundsätze zur Überwindung der Divergenzen von Unterhaltsrecht und So-

Zeit 2.600 Euro. Neben dem „Notgroschen“ können nach § 90 Abs. 2 Ziffern 1-8 SGB XII weitere Vermögens- und Sachposten von der Verwertungspflicht ausgenommen sein, von denen jedoch die auf künftige Nutzung bezogenen Investitionen bei Eintritt der Pflegebedürftigkeit von Eltern vom zu schonenden in das zu verzehrende Vermögen wechseln sollen.²⁶

Ist Bedürftigkeit eines Elternteils zu bejahen, ist die Rangfolge nach § 1608 BGB zu beachten. Nach Satz 1 dieser Vorschrift haftet der Ehegatte oder Lebenspartner des Bedürftigen grundsätzlich vor dessen Verwandten. Dieser Vorrang wird durch Satz 2 für den Fall der Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts des Ehegatten zurückgestellt auf die dann vorrangig haftenden Verwandten übergeleitet.

2. Die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des zum Unterhalt Verpflichteten

Die komplementäre Voraussetzung zur Bedürftigkeit des Unterhalt Verlangenden ist die Leistungsfähigkeit des auf Unterhalt in Anspruch Genommenen. Der Gesetzgeber hat die Leistungsfähigkeit in § 1603 Abs. 1 BGB negativ gefasst: Unterhaltspflichtig ist nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Die Formulierung des Tatbestandes als Einwendung (ebenso wie in § 1581 BGB) überträgt die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit auf den Unterhaltspflichtigen.²⁷ Zugleich geht der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung von der Vermutung aus, der zum Unterhalt Verpflichtete sei in der Lage, einem Verwandten ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.²⁸

Die Frage der Leistungsfähigkeit des zum Unterhalt Verpflichteten steht im Mittelpunkt der unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass dem zum Unterhalt Verpflichteten die Mittel verbleiben sollen, die er zur angemessenen Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt.²⁹ Die konkrete Bemessung der Höhe des Bedarfs des Verpflichteten ist abhängig vom Einzelfall.

Wie schon die gesetzliche Vermutung erkennen lässt, wird auch von den zum Unterhalt Verpflichteten erwartet, dass sie für das Erreichen der gebotenen Leistungs-

zialhilferecht durch die Familiengerichtsbarkeit, FuR 1991, 1, 7 f.; *Duderstadt*, Erwachsenenunterhalt, 3. Aufl. 2002, Anm. 3.2; *Gerhardt*, in: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 4. Aufl. 2002, 6. Kap. Rdn. 206; *Günther*, Anwaltshandbuch, § 12 Rdn. 27; *Heiß/Hußmann*, Unterhaltsrecht Kap. 16 Rdn. 20; *Müller*, FPR 1995, 190, 191; *Erdrich*, in: Scholz/Stein, Praxishandbuch Familienrecht, Teil J Rdn. 33; *Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl. 2000, § 2 Rn. 614; *Mergler/Zink*, BSHG, § 91 Rn. 38.

²⁶ *Hauß* (Fn. 21), Rn. 106, 107.

²⁷ *Pauling*, in: Hk-Familienrecht, 2008, § 1603 Rn. 78.

²⁸ *Born* (Fn. 1), § 1603 Rn. 1.

²⁹ BGH, 26.2.1992, XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795, 797; BGH, 7.12.1988, IVb ZR 15/88, FamRZ 1989, 272 m.w.N.

höhe des Unterhalts ihr Einkommen mit seinen vielfältigen Bestandteilen und sonstige Einkünfte zur Anrechnung bringen und vorhandenes Vermögen hinsichtlich der Erträge wie auch gegebenenfalls des Stamms verwerten.³⁰ Allerdings gehen die Erwartungen des Rechts und der Rechtsprechung im Hinblick auf Einkommensanrechnung und Vermögensverwertung beim Elternunterhalt weniger weit als beim Unterhaltsberechtigten. Gedrosselt worden sind die Anforderungen vor allem durch die Rechtsprechung des BGH seit 1998, die nach der Beobachtung von Ehinger relativ zügig in einer Reihe von Grundsatzurteilen dafür gesorgt hat, „dass die Inanspruchnahme unterhaltspflichtiger Kinder stark zurückgedrängt wurde und auch dadurch die Zahl der Prozesse signifikant zurückging“.³¹ Für diese Entwicklung lassen sich vor allem drei Gründe ausmachen. Einen ersten Grund liefert das Gesetz selbst. In der von § 1609 BGB errichteten Rangfolge mehrerer Unterhaltsberechtigter stehen die Kinder an erster Stelle, die Eltern stehen an vorletzter (6.) Stelle. Der Gesetzgeber hat sich für den Fall der Mittelknappheit bei einer Mehrzahl von Unterhaltsberechtigten für den Vorrang der Deszendenten entschieden.³² Damit hat bereits der Gesetzgeber dem Elternunterhalt eine relativ schwache Rechtsposition zugewiesen, die auch nach der Beobachtung des Bundesverfassungsgerichts von 2005 durch die neuere Entwicklung der Gesetzgebung aus jüngster Zeit untermauert wird.³³ Die hieraus erkennbare Gewichtung setzt sich in einer großzügigeren Bemessung des Maßstabs „ohne Gefährdung eines angemessenen Unterhalts“ um.

Der zweite Grund liegt in der Unvorhersehbarkeit des Eintritts von Unterhaltsbedürftigkeit der Eltern. Anders als bei der eigenen „Familienplanung“ und der damit verbundenen, mehr oder weniger genau vorhersehbaren Erzeugung von Kindern, können und müssen sich Kinder in ihrer Lebensplanung nicht darauf einrichten, dass ihre Eltern unterhaltsbedürftig werden.³⁴ Zwar liegt dem Verwandtenunterhalt im BGB das privatrechtliche Denken des „Äquivalententausches“ zugrunde,³⁵ das den meisten Menschen als ethisches Prinzip bewusst ist. Aber aus dem ethischen Prinzip folgt nicht Planbarkeit, schon gar nicht im Hinblick auf einschneidende Veränderungen wie die Pflegebedürftigkeit der Eltern. Bereits in der grundlegenden Entscheidung vom 26.2.1992 hat der XII. Zivilsenat des BGH auf die anderen Lebensverhältnisse hingewiesen, die dem Kinder- und dem Elternunterhalt zugrunde liegen.³⁶ Im Unterschied zu dem sicher erwartbaren Unterhaltsbedarf der Kinder können sich ihre Eltern als Kinder wiederum ihrer Eltern im Regelfall darauf verlassen, dass diese über eine ausreichende Altersversorgung verfügen, so dass sie allenfalls wegen einer unerwarteten Hilfsbedürftigkeit eines oder beider Elternteile mit ihrer Beteiligung an den dafür zusätzlich entstehenden Kosten rechnen müssen.

30 Zu Einzelheiten siehe *Born* (Fn. 1), Rn. 36.

31 *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2467.

32 *Born* (Fn. 1), § 1609 Rn. 12.

33 BVerfG, 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051.

34 So bereits BGH, 7.12.1988, IVb ZR 15/88, FamRZ 1989, 272; vgl. auch BGH, 26.2.1992, XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795.

35 *Münder* (Fn. 13), § 94 Rn. 3.

36 BGH, 26.2.1992, XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795.

Der dritte Grund für das Bemühen der Rechtsprechung um Vermeidung von Überlastung der zum Unterhalt gegenüber ihren Eltern verpflichteten Kinder lässt sich mit dem in der populären Familiendiskussion gebrauchten Bild des „Sandwiches“ verbinden. Das Bild beschreibt die Doppelbelastung von Personen, die zum Unterhalt sowohl für ihre Eltern als auch für ihre Kinder verpflichtet sind.³⁷ Unterhaltspflichten aus Deszendenz und Aszendenz können sich auf belastende Weise häufen. Angesichts steigender Lebenserwartung, verlängerter Ausbildungszeiten und einer zunehmenden Zahl von Zweitfamilien wird die Zahl der „Sandwiches“ zunehmen.³⁸

Der vierte Grund ist das sachlogische Bemühen des Gesetzgebers des SGB XII, den Eintritt des Zustands auf Seiten des Unterhaltspflichtigen zu verhindern, der zum Übergang des Anspruchs auf Seiten des Unterhaltsberechtigten geführt hat. Es findet seinen gesetzlichen Ausdruck in dem bereits erwähnten § 94 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII. Nach dieser Vorschrift gehen Ansprüche nach Absatz 1 und 2 nicht über, soweit die unterhaltspflichtige Person Leistungsberechtigte nach dem Dritten und Vierten Kapitel ist oder bei Erfüllung des Anspruchs würde. Diese Einschränkung hat der Träger der Sozialhilfe, ebenso wie eine mögliche unbillige Härte des Anspruchsübergangs, zu berücksichtigen, wenn er von ihren Voraussetzungen durch vorgelegte Nachweise oder auf andere Weise Kenntnis hat (§ 94 Abs. 3 S. 2 SGB XII).

Die Generallinie der Anforderungen beim Elternunterhalt hat der XII. Zivilsenat des BGH in der Formel zusammengefasst, dass der zum Unterhalt Verpflichtete bei einer Inanspruchnahme auf Unterhalt für einen Elternteil „eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus jedenfalls insoweit nicht hinzunehmen braucht, als er nicht einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt“.³⁹ Die insgesamt einschränkende Generallinie ist von der Rechtsprechung in einer Vielzahl von Entscheidungen zu einem detailreichen Teilrechtsgebiet „Elternunterhalt“ mit Fallproblemen von buchstäblich A bis Z, von Altersvorsorge⁴⁰ bis Zusatzversicherung⁴¹, ausgebaut worden. Auf Einzelheiten ist in diesem Zusammenhang nicht einzugehen.⁴² Im Hinblick auf die Rückkoppelungswirkungen zum öffentlichen Sozialrecht sind zwei Merkmale von besonderer Bedeutung: der Selbstbehalt in seiner bürgerlich-

37 Vgl. *Diederichsen*, Die Sandwich-Generation: Zwischen Kindesunterhalt und Elternunterhalt, zwischen den Zwängen von Sozialrecht und Familienrecht, Forum Familien- und Erbrecht, Sonderheft 2000, S. 7 ff.; ausführlicher, auch zur soziologischen Herleitung des Begriffs *Appelt*, Der Elternunterhalt, Diss. Tübingen 2007, S. 189 ff.

38 *Hauß* (Fn. 21), Rn. 268.

39 BGH, 23.10.2002, XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698, 1700 f.; BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186, 188.

40 BGH, 14.1.2004, XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 f.; BGH, 30.8.2006, XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511, 1514.

41 BGH, 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792, 793.

42 Verwiesen sei u. a. auf *Hauß* (Fn. 21), Rn. 179 ff.

rechtlichen wie sozialrechtlichen Ausprägung und die Quereffekte des Familienunterhalts.

a) Der angemessene Selbstbehalt

Der unbestimmte Rechtsbegriff des angemessenen Selbstbehalts knüpft an das negative Tatbestandsmerkmal des § 1603 Abs. 1 BGB („unterhaltspflichtig ist nicht, wer ...“) an. Konkretisiert wird der Rechtsbegriff in der Rechtsprechung durch die Anwendung pauschalierender Richtlinien der Familiensenate der Oberlandesgerichte auf der einen Seite, fallbezogener Prüfung der Angemessenheit durch den Tatrichter auf der anderen Seite.⁴³ Die Methode entspricht dem ausfüllungsbedürftigen Maßstab der Prüfung mit verschiedenen Merkmalen.

Nach der Rechtsprechung des BGH hängt die Höhe des Bedarfs von der Lebensstellung des Unterhaltsverpflichteten ab, die sich aus seinem Einkommen, Vermögen und sozialen Rang ergibt,⁴⁴ denn es entspreche der Erfahrung, dass die Lebensstellung an die zur Verfügung stehenden Mittel angepasst werde. Mit Rücksicht darauf könne der angemessene Eigenbedarf nicht unabhängig von dem im Einzelfall vorhandenen Einkommen und Vermögen bestimmt werden; er sei entsprechend den Umständen des Einzelfalles veränderlich. Folge ist für den vergleichsweise schwach ausgestalteten Elternunterhalt, dass dem Unterhaltspflichtigen umso mehr als Selbstbehalt zu belassen ist, je höher das Einkommen ist, weil ihm bzw. ihr im Verhältnis zu den Eltern eine spürbare und dauerhafte Senkung des berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus nicht zuzumuten sei.⁴⁵ Praktisch führt das zu zwei Festlegungen. Zum Ersten darf die gegenüber den Eltern zum Unterhalt verpflichtete Person nach den OLG-Leitlinien gegenwärtig Einkommen in der Mindesthöhe von 1.400 Euro und in den neuen Bundesländern von 1.300 Euro behalten.⁴⁶ Zum Zweiten können zu dem festen Wert bewegliche Werte kommen. Bereits 1992 hatte der familienrechtliche Senat des BGH mit Bezug zum Elternunterhalt die Auffassung gebilligt, dass der angemessene Selbstbehalt um einen maßvollen Zuschlag im Vergleich zum Mindestbetrag bei der Gewährung von Unterhalt gegenüber einem volljährigen Kind erhöht wird.⁴⁷ In Weiterentwicklung dieses Ansatzes sah es der Senat in seiner Entscheidung vom 23.10.2002 nicht grundsätzlich als rechtsfehlerhaft an, wenn bei der Ermittlung des für den Elternunterhalt einzusetzenden bereinigten

43 Zum methodischen Vorgehen vgl. BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186, 188 unter 2d) der Gründe. Zu den unterhaltsrechtlichen Leitlinien vgl. *Born* (Fn. 1), § 1603 Rn. 8, Fn. 18.

44 BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186, 188.

45 BGH 23.10.2002, XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 (im Anschluss an das Urteil des Senats vom 26.2.1992, XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795).

46 *Hauß* (Fn. 21), Rn. 327.

47 BGH, 26.2.1992, XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795, 797.

Einkommens allein auf einen – etwa hälftigen – Anteil des Betrages abgestellt wird, der den an sich vorgesehenen Mindestselbstbehalt übersteigt.⁴⁸

Zwischen dem Bestehen und dem Übergehen eines bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsanspruchs auf den Träger der Sozialhilfe steht eine sozialhilferechtliche Prüfung. Zunächst ist das Bestehen des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs festzustellen.⁴⁹ Das Bestehen des Anspruchs ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Übergang. Ob und in welcher Höhe der Anspruch übergeht, bestimmt sich nach den sozialhilferechtlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit erbrachter Leistungen.⁵⁰ Auch an dieser Stelle der Begründung und des Übergangs von Unterhaltsansprüchen sind Zivilrecht und Sozialrecht materiell eng verknüpft. Wegen der Rechtswegverweisung in § 94 Abs. 5 S. 3 SGB XII ist über die Ansprüche nach den Absätzen 1 bis 4 im Zivilrechtsweg zu entscheiden. Das führt zu der genauer zu erforschenden Frage, ob über den Rechtsweg auch zivilrechtliche Doktrinen und Erwägungen zu Art und Umfang des Elternunterhalts ins Sozialrecht zurückfließen.

b) Elternunterhalt und Ehegattenunterhalt

Ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zwischen bürgerlich-rechtlichem Unterhaltsrecht und öffentlich-rechtlichem Sozialhilferecht ist die Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Elternunterhalt und Familienunterhalt, hier vor allem zu den Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Ehegatten. Den Einstieg bildet der Vorbehalt im Tatbestand des § 1603 Abs. 1 BGB. Für die Frage der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen sind sonstige Verpflichtungen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls schuldet der seinen Eltern zum Unterhalt Verpflichtete zugleich seinem unterhaltsbedürftigen Ehegatten Familienunterhalt nach den §§ 1360, 1360a BGB. Das Konkurrenzverhältnis hat die Rechtsprechung in der Weise aufgelöst, dass einerseits die Eigenständigkeit der Unterhaltsverpflichtung des Ehegatten gegenüber seinen bedürftigen Eltern gewahrt bleibt, andererseits die Leistungsfähigkeit des zum Unterhalt Verpflichteten durch die Gesamtunterhaltslage der Familie bedingt ist. Für die Bestimmung des familiären Unterhaltsanspruchs zieht die Rechtsprechung § 1578 BGB als „Orientierungshilfe“ heran.⁵¹ Danach bestimmt sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Aufgrund der gleichartigen Rechte- und Pflichtenstellung beider Ehegatten sind auch die Leistungen als gleichwertig anzusehen. Folglich haben beide Ehegatten auch Anspruch auf die gleiche Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten, soweit dieses den ehelichen Le-

48 BGH, 23.10.2002, XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698; BGH, 19.3.2003, XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 (mit Anm. *Klinkhammer*). Vgl. *Hauß* (Fn. 21), Rn. 328.

49 BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186, 189.

50 *Münder* (Fn. 13), § 94 Rn. 9, 15, 25 ff., 68 ff.

51 BGH, 25.6.2003, XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186, 187; BGH, 22.2.1995, XII ZR 80/94, FamRZ 1995, 537; BGH, 22.1.2003, XII ZR 2/00, FamRZ 2003, 363, 366 f.

bensstandard prägt.⁵² Mit diesem Bezug auf die ehelichen Lebensverhältnisse wird der Selbstbehalt des unterhaltspflichtigen Ehegatten variabel gesteuert. Daraus ergibt sich bei einem Familienunterhalt oberhalb des angemessenen Selbstbehalts ein wirtschaftlicher Freistellungseffekt zugunsten des zum Unterhalt verpflichteten Ehegatten. Zwar trifft zu, wie der BGH betont, dass der nicht unterhaltspflichtige Ehegatte in solchen Fällen nicht mittelbar zum Unterhalt herangezogen wird, weil sein eigener angemessener Familienunterhalt gedeckt ist.⁵³ Die durch Unterhaltsleistungen bedingte Schmälerung des Einkommens seines Ehegatten brauche er nicht zu kompensieren, da auch dessen angemessener Unterhalt gewahrt ist. Dennoch gibt es einen objektiven Freistellungseffekt, der Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des zum Unterhalt verpflichteten Ehegatten hat. Bezieht beispielsweise der zum Unterhalt gegenüber seinen Eltern verpflichtete Ehegatte Einkommen, das zur Bestreitung des angemessenen Familienunterhalts nicht (mehr) benötigt wird, steht es ihm selbst zur Verfügung.⁵⁴ Das hat zur Folge, dass der betreffende Einkommensteil für Unterhaltszwecke eingesetzt werden kann, sofern auch der angemessene Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen nach § 1603 Abs. 1 BGB gewahrt ist.⁵⁵ Diese objektive Ermöglichung ist abhängig vom familiären Gesamteinkommen und damit gegebenenfalls von dem ganz überwiegenden Einkommensbeitrag des anderen, nicht zum Elternunterhalt verpflichteten Ehegatten. Eine ebenfalls objektiv freistellende Wirkung des Familienunterhalts tritt ein, wenn bei einem mitverdienenden Ehegatten die Leistungsfähigkeit gegenüber einem unterhaltsbedürftigen Elternteil auch davon abhängt, ob sein angemessener Unterhalt bereits ganz oder teilweise durch den Familienunterhalt gedeckt ist.⁵⁶ Denn je nach Bemessung des Familienunterhalts kann ein Teil des Einkommens des Unterhaltspflichtigen für die Zahlung von Elternunterhalt einzusetzen sein.⁵⁷ Auch hier kommt das Zusammenspiel von Familienökonomie und Rechtsprechung zur Wirkung.

52 BGH, 20.3.2002, XII ZR 216/00, FamRZ 2002, 742; BVerfG, 5.2.2002, 1 BvR 105/95, 1 BvR 559/95, 1 BvR 457/96, FamRZ 2002, 527, 528 f.

53 BGH, 15.10.2003 XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366, 368 unter 2. e) cc) der Gründe; BGH, 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370, 372 unter 4. a).

54 Vgl. *Wendl/Pauling* (Fn. 25), § 2 Rdn. 645; *Henrich*, Anm. zu LG Bielefeld, Urteil v. 5.2.1991, FamRZ 1992, 590.

55 BGH, 15.10.2003, XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366, 368 unter 2. e) cc) der Gründe.

56 BGH, 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370, 372.

57 „Ist der Familienunterhalt nämlich einerseits höher als die für die Eheleute maßgeblichen Mindestselbstbehaltssätze, andererseits aber niedriger als das beiderseitige unterhaltsrelevante Einkommen, so steht dem Unterhaltspflichtigen – der zum Familienunterhalt nur so viel beibringen muss, wie es dem Verhältnis der beiderseitigen Einkünfte entspricht –, ein Teil seines Einkommens zur Verfügung mit der Folge, dass er insoweit unterhaltsrechtlich leistungsfähig sein kann, ohne dass es darauf ankommt, ob sein Einkommen über dem Mindestselbstbehalt liegt. Denn sein angemessener Unterhalt ist im Rahmen des Familienunterhalts gewährleistet.“

3. Die Bestimmung des angemessenen Unterhalts

Nach § 1610 Abs. 1 BGB bestimmt sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts nach der Lebensstellung des Bedürftigen. Gesetzlich definiert wird dieser Maßstab als der angemessene Unterhalt. Eine Besonderheit des Elternunterhalts besteht darin, dass sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des betreffenden Elternteils, nicht nach demjenigen des Unterhaltspflichtigen bestimmt.⁵⁸ Nachteilige Veränderungen der Einkommensverhältnisse, wie sie in der Regel etwa mit dem Eintritt in den Ruhestand verbunden sind, haben – eventuell nach einer Übergangszeit – deshalb auch eine Änderung der Lebensstellung zur Folge. Mit Rücksicht darauf können die Eltern von ihren Kindern dann keinen Unterhalt entsprechend ihrem früheren Lebensstandard beanspruchen.

II. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit Bezug zum Elternunterhalt

Das rechtliche und justizielle Wirkungsfeld zwischen Sozialrecht und bürgerlichem Recht, innerhalb dessen die Anforderungen an den Elternunterhalt genauer bestimmt werden, erhält seine Gestalt auch von der anderen Seite, der Rechtsprechung der Verwaltungs- bzw. seit 2005 der Sozialgerichte. Beispiele sind verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zum Übergang des bürgerlich-rechtlichen Unterhalts- und Auskunftsanspruchs nach der Vorgängervorschrift des § 91 Abs. 1 S. 1 Bundessozialhilfegesetz (BSHG),⁵⁹ zur sozialhilferechtlichen Auskunftspflicht nach § 116 BSHG (nunmehr § 117 SGB XII),⁶⁰ zum Umfang der Auskunftspflicht der Schwiegertochter der Hilfeempfängerin über ihr Einkommen,⁶¹ zur Übernahme von Anwaltskosten im Falle der Rückübertragung eines Unterhaltsanspruchs auf den Hilfeempfänger nach § 91 Abs. 4 S. 2 BSHG (nunmehr § 94 Abs. 5 SGB XII),⁶² zur Frage der Nachprüfungspflicht bei einem möglichen Wegfall der Unterhaltspflicht bei grober Unbilligkeit nach § 1611 Abs. 1 BGB,⁶³ zum Grundsatz des Nachranges der Sozialhilfe und der Frage der bereiten Mittel bei erheblicher Schwierigkeit der Durchsetzung eines Unterhaltsanspruchs.⁶⁴ Insgesamt spiegelt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung – gesetzgebungslogisch – die vorwiegend öffentlich-rechtlichen Bedingungen für Leistungen der Sozialhilfe und die Folgen des Übergangs unterhaltsrechtlicher Ansprüche wider. Sie ist insgesamt weniger gestaltend, konkretisiert eher Normen, als komplexe Situationen zu typologisieren und zu entscheiden.

58 BGH, XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860, 861.

59 VG Gelsenkirchen, 13.12.2004, 19 K 979/03; VG Mainz, 12.12.2003, 2 K 795/03.MZ; VG Gelsenkirchen, 16.10.2003, 19 K 3984/02.

60 VG Freiburg, 14.1.2003, 8 K 672/01; VG Bayreuth, 14.10.2002, B 3 K 01.886; Bay. VGH, 13.6.2001, 12 ZB 01.944; VG Ansbach, 25.9.2000, AN 00.00257.

61 VG Münster, 28.7.2003, 5 K 1410/01.

62 VG Münster, 28.3.2003, 5 K 1522/00.

63 VG Bayreuth, 14.10.2002, B 3 K 01.886.

64 VG Neustadt, 6.12.1999, 4 L 2879/99.NW.

E. Abschließende Beobachtungen

Zum Abschluss der Betrachtung müssen wir das Thema korrigieren. So ausschnittsartig und wenig durchdrungen die Überlegungen gewesen sein mögen, sie sollten deutlich gemacht haben, dass der Begriff des Schnittfeldes eine zu flache Beschreibung liefert. Was im Verhältnis zwischen dem bürgerlich-rechtlichen Elternunterhalt und der sozialrechtlichen Sozialhilfe entstanden ist, ist nicht nur Überschneidung, sondern auch „Über-Wirkung“. Das Wirkungsfeld hat die Besonderheit, dass es zwei Richtungen hat. In kurzer Formelsprache: Das BGB wirkt auf das SGB, hier vor allem auf das SGB XII, und das SGB XII wirkt auf das BGB. Die wechselseitige Wirkung hat zwei Dimensionen, die der Menge und die der Qualität.

Unter dem Blickwinkel der Menge lassen sich Transfers in beiden Richtungen vermuten – wenn auch ohne genauere Forschung nicht beziffern. Die sicherlich wichtigste quantitative Wirkung der Entwicklung des Elternunterhalts läuft in Gestalt der Klagemenge von der Sozialhilfe zum BGB. Ohne die Mechanik des Anspruchsübergangs wäre es auch bei gegebener sozio-demographischer Entwicklung in dem eher verschämten Gebiet des Elternunterhalts gewiss nicht zu der Klagemenge gekommen, die dann über den Instanzenzug von den Amtsgerichten über die Oberlandesgerichte hinauf zur Revisionsinstanz verteilt werden konnte. Die Klagenentwicklung der letzten Jahrzehnte beruht auf der Entkoppelung des Anspruchs auf Elternunterhalt von der natürlichen und familialen Eltern-Kind-Beziehung. An die Stelle der natürlich gehemmten Eltern ist der institutionell ungehemmte Sozialstaat getreten. Zum Regelfall geworden ist, dass die Träger der Sozialleistung, vor allem die Träger der Sozialhilfe, auf der Grundlage des Übergangs von Ansprüchen auf Elternunterhalt gerichtlich gegen die Kinder vorgehen. Hierzu ermächtigt sind sie durch den vom Gesetzgeber in konsequenter Ausgestaltung des Grundsatzes der Nachrangigkeit der Sozialhilfe angeordneten Übergang des Anspruchs der leistungsberechtigten Person auf Unterhalt. Ohne die Klagemenge, die ausreichend war, um auch noch dem Revisionsgericht ausreichend Gelegenheit zu einer fallrechtlichen Judikatur zu bieten, wäre es kaum zur Herausbildung des differenzierten Teilrechtsgebietes Elternunterhaltsrecht gekommen.

Auch die Rückwirkung vom BGB zum SGB XII hat ihre mengenmäßige Ausprägung. Der Rückfluss an Erstattung für die von den Sozialämtern für sozialhilfe- und unterhaltsbedürftigen Eltern erbrachten Leistungen ist im Ergebnis sicherlich deutlich geringer ausgefallen, als er nach den Klaganträgen hätte ausfallen können. Hier wirken Rechtsprechungs- und Gesetzgebungseffekte zusammen. Die den Elternunterhalt unter verschiedenen Gesichtspunkten beschränkende Rechtsprechung hat verkleinernd gewirkt, noch stärker allerdings möglicherweise die Gesetzgebung. Das als viertes Kapitel in das SGB XII eingegliederte Gesetz über die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (die §§ 41-46a SGB XII) hat seit seiner Einführung ab 1.1.2003 zu einer großen Entlastung unterhaltspflichtiger Kinder geführt.⁶⁵ Die Entlastung hat zwei Ursachen. Zum einen sind die Leistungen der Grundsiche-

65 Ehinger, NJW 2008, 2465 f.

rung in der Regel keine vom Leistungsträger subsidiär erbrachten Sozialleistungen; damit kommt ein Rückgriff auf unterhaltspflichtige Kinder grundsätzlich nicht in Betracht (§ 94 Abs. 1 S. 3, 2. Hs. SGB XII). Zum anderen bleiben eventuell doch bestehende Unterhaltsansprüche der Leistungsberechtigten gegenüber ihren Kindern und Eltern nach § 43 Abs. 2 S. 1 SGB XII unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen im Sinne des § 16 des Vierten Buches unter einem Betrag von 100 000 Euro liegt.

In inhaltlicher Hinsicht hat die Rechtsprechung der Zivilgerichte, hier vor allem des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, nachhaltig wirkende Bedingungen eines Unterhaltsanspruchs von Eltern gegenüber ihren Kindern entwickelt. Die Zivilgerichtsbarkeit hat damit das ihr kraft Sozio-Demographie und Anspruchsübergang zugelierte öffentlich-rechtliche Fallmaterial beherrzt aufgenommen und zu einem für die alternde Gesellschaft wie für den Sozialstaat wichtigen Rechtsgebiet ausgebaut.

**Elternrente nach § 69 SGB VII - eine
unfallversicherungsrechtliche Perspektive**

Eberhard Ziegler, Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV)

Kapitel 1 Einleitung

Der Elternunterhalt allgemein ist durchaus in aller Munde, produziert Schlagzeilen wie „Elternunterhalt: Forderungen vom Sozialamt“, „Schwiegersohn zum Unterhalt verpflichtet“ oder „Elternunterhalt: Auskunftspflicht zur wirtschaftlichen Lage“. Unabhängig vom rechtlichen Gehalt solcher Schlagzeilen zeigen sie doch, dass dieser Problembereich durchaus in die Wahrnehmung breiter Bevölkerungsschichten gerückt wird. Die Elternrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung, ein Teilaspekt genau dieses Themas, ist dagegen nahezu unbekannt. Das liegt nicht nur daran, dass „die Unfallversicherung die große Stille im Lande ist, die zuverlässig im Dienste der Menschen arbeitet“¹, sondern wohl vor allem daran, dass von den jährlich knapp 130.000 Rentenzahlungen an Hinterbliebene nur rund 70 (also ca. 0,05 %) an sonstige Berechtigte, das sind im Wesentlichen die Eltern, gezahlt werden. Anders ausgedrückt, rein statistisch ergibt sich pro Jahr ein tödlicher Versicherungsfall in der gesetzlichen Unfallversicherung, der eine Elternrente nach sich zieht. Dennoch lohnt es sich, diesen Teilaspekt im Rahmen des Generalthemas Elternunterhalt zu beleuchten, hat er doch einige sehr interessante Facetten.

Dabei ist es der Griffigkeit des Begriffs geschuldet, in diesem Zusammenhang von der Elternrente zu sprechen, auch wenn nach dem Willen des Gesetzgebers alle Verwandten der aufsteigenden Linie anspruchsberechtigt sein können. Wird im Folgenden von Eltern gesprochen, sind, soweit nicht ausdrücklich erwähnt, damit selbstverständlich alle Verwandten der aufsteigenden Linie gemeint, die die geforderten Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.

1 *Ursula von der Leyen*, Bundesministerin für Arbeit und Soziales anlässlich des Festaktes zum 125-jährigen Bestehen der gesetzlichen Unfallversicherung im September 2010 in Berlin.

Kapitel 2 Unterhaltsansprüche der Eltern als Anspruchsvoraussetzung

Hinterbliebenenrenten der gesetzlichen Unfallversicherung stellen einen Ersatz für den durch den Tod entgangenen Unterhalt dar². Der Gesetzgeber sieht bei den Witwen, Witwern und Lebenspartnern sowie bei Waisen von einer konkreten Prüfung der Unterhaltsbedürftigkeit der Hinterbliebenen und der Unterhaltsfähigkeit der Verstorbenen im Rahmen der gebotenen Typisierung ab³. Der Unterhaltsbedarf wird unterstellt⁴. Bei anderen Gruppen von Berechtigten (frühere Ehegatten, Eltern) wird dagegen die Unterhaltsberechtigung geprüft und nur wenn sie tatsächlich oder fiktiv besteht, kommt es zur Rentenzahlung. Für die Elternrente bestimmt § 69 Abs. 1 SGB VII: „Verwandte der aufsteigenden Linie ... der Verstorbenen, die von den Verstorbenen zur Zeit des Todes aus deren Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen wesentlich unterhalten worden sind oder ohne den Versicherungsfall wesentlich unterhalten worden wären, erhalten eine Rente, solange sie ohne den Versicherungsfall gegen die Verstorbenen einen Anspruch auf Unterhalt wegen Unterhaltsbedürftigkeit hätten geltend machen können“.

Die Sozialversicherung und damit auch die Unfallversicherung kennen keine eigenständige Definition der Unterhaltsbedürftigkeit bzw. der Leistungsfähigkeit. Daher muss insoweit auf die zivilrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden. „Bei der praktischen Rechtsanwendung können deshalb Rechtsprechung und Schrifttum zu der vergleichbaren Vorschrift des § 844 Abs. 2 BGB eine wertvolle Hilfe bieten“⁵. Zehn Jahre später verdeutlicht das BSG dies unter Hinweis auf den Schadenersatzcharakter der gesetzlichen Unfallversicherung: Mit dem unfallrechtlichen Entschädigungsanspruch trat zugleich eine Ersetzung der zivilrechtlichen Haftung ein ... Sie [die GUV] wurzelt demnach in den privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ... Dieser Schadenersatzcharakter der GUV ermöglicht, zivilrechtlichen Grundsätzen des Schadensausgleichs insoweit Rechnung zu tragen, als nicht Besonderheiten der GUV dem entgegenstehen⁶. Diese Vorgabe nimmt sich das Bundessozialgericht selbst zu Herzen und lehnt sich weitgehend an das Zivilrecht an wie die folgenden Beispiele belegen:

2 BVerfG, 18.2.1998, 1 BvR 1318/86 und 1 BvR 1484/86, NJW 1998, 3109, 3110.

3 BVerfG, 27.5.1970, 1 BvL 22/63 und 27/64, NJW 1970, 1675, 1678; BVerfG, 18.6.1975, 1 BvL 4/74, NJW 1975, 1691.

4 *Bereiter-Hahn/Mehrtens*, Gesetzliche Unfallversicherung, Handkommentar, 5. Aufl. 1997, § 65 SGB VII Anm. 2.

5 BSG, 27.6.1974, 8 RU 292/73.

6 BSG, 29.3.1984, B 2 RU 71/82.

- ausdrückliches Heranziehen der Leitlinien und Tabellenwerte zur Bestimmung der Unterhaltsfähigkeit und -bedürftigkeit⁷
- Übernahme der Rechtsprechung hinsichtlich Pflicht zur Verwertung von Vermögen⁸ oder zur Berücksichtigung von Lebensversicherungsleistungen aus Anlass des Todes des Versicherten⁹.

Allerdings sind die Besonderheiten der gesetzlichen Unfallversicherung zu berücksichtigen, wie sie insbesondere der Gesetzgeber vorgibt. In der gesetzlichen Unfallversicherung können neben den Verwandten der aufsteigenden Linie auch die Stief- oder Pflegeeltern des Verstorbenen anspruchsberechtigt sein. Dies ist quasi die Kehrseite davon, dass Stief- und Pflegekinder bei Ableben der Stief- oder Pflegeeltern(teile) einen Anspruch auf Waisenrente haben können (§ 67 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII). Da sie nicht zu den Verwandten der aufsteigenden Linie gehören und im Gesetz auch nicht genannt werden, haben die Schwiegereltern des Verstorbenen keinen Anspruch auf Elternrente.

7 BSG, 30.1.1985 2 RU 67/84.

8 BSG, 30.4.1981, 8/8a RU 4/80.

9 BSG, 29.3.1984 2 RU 71/82.

Kapitel 3 Wesentlicher Unterhalt aus dem Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen

Nach der gesetzlichen Festlegung muss der zum Todeszeitpunkt tatsächlich geleistete oder ohne den Versicherungsfall fiktiv geleistete Unterhalt „aus deren Arbeitsentgelt“ stammen. Anknüpfungspunkt soll das (hauptsächliche) Versicherungsverhältnis als Beschäftigte sein, um Leistungen aus dem „Sondersystem“ Unfallversicherung zu rechtfertigen und die Schadenersatzfunktion der gesetzlichen Unfallversicherung zu wahren. Entsprechendes gilt für selbstständig Tätige. „Aus dem Arbeitsentgelt“ muss nicht heißen, dass der Unterhaltsbeitrag in Geld geleistet werden muss, aus Arbeitsentgelt finanzierte Sachleistungen reichen¹⁰. Hat der Verstorbene neben seiner Beschäftigung z.B. auf dem Hof der Eltern unentgeltlich gearbeitet und ist die Verwertung dieser Arbeit Grundlage der Lebensführung der Eltern, ist die Voraussetzung der Unterhaltung aus dem Arbeitsentgelt erfüllt¹¹.

Gefordert ist nach § 69 Abs. 1 SGB VII ein wesentlicher Unterhaltsbeitrag. Dies bedeutet, dass gerade der Unterhaltsbeitrag des Verstorbenen den Eltern eine auskömmliche Lebensführung ermöglicht haben muss¹². Dabei ist, wie schon erwähnt, die notwendige Bestimmung, welcher Betrag eine auskömmliche Lebensführung ermöglicht, anhand von Bedarfstabellen und Unterhaltsrichtlinien, wie sie im Zivilrecht genutzt werden, vorzunehmen. Allerdings muss, eherner Grundsatz der gesetzlichen Unfallversicherung, auf die konkreten Umstände des konkreten Einzelfalls abgestellt werden. Daher hat das Bundessozialgericht eine Unterstützung von seinerzeit 3.000 DM jährlich/ 250 DM monatlich bei in Jugoslawien in ärmlichen Verhältnissen lebenden Eltern als wesentlich angesehen¹³.

10 *Ricke*, in: KassKomm, § 69 SGB VII Rn. 6.

11 *Keller*, in: Hauck, SGB VII, § 69 SGB VII Rn 7.

12 Hess. LSG, 12.3.1980, Az L 3 U 360/79.

13 BSG, 30.4.1981, Az 8/8a RU 4/80.

Kapitel 4 Maßgebende Beurteilungszeitpunkte

Dieser wesentliche Unterhalt muss im Todeszeitpunkt tatsächlich geleistet worden sein (1. Alternative). Dabei wird auf den letzten wirtschaftlichen Dauerzustand (i.d.R. ein Jahr) abgestellt, da nach dem Normsinn der Unterhalt während eines nicht unerheblichen Zeitraums gewährt worden sein muss¹⁴. Allerdings sind auch hierbei die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Hat der Verstorbene erst wenige Wochen vor seinem Tod nach Beendigung der Ausbildung oder des Studiums eine Erwerbstätigkeit aufgenommen, reichen die ab diesem Zeitpunkt erst möglichen, dann aber regelmäßig erfolgten Zahlungen trotzdem aus, dieses Tatbestandsmerkmal als erfüllt anzusehen.

Bereiten die tatsächlichen Gegebenheiten und deren rechtliche Wertung nicht zuletzt auf Grund der weitgehenden Anlehnung an das Zivilrecht keine besonderen Probleme, ergeben sich solche sehr schnell, wenn es um fiktive Abläufe (2. Alternative) geht.

Der Gesetzgeber stellt in § 69 SGB VII darauf ab, dass Ansprüche diejenigen Eltern haben, „... die von den Verstorbenen zur Zeit des Todes aus deren Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen wesentlich unterhalten worden sind oder ohne den Versicherungsfall wesentlich unterhalten worden wären ...“. Die Auslegung des Passus, der auf die fiktiven Verhältnisse ohne den Arbeitsunfall abstellt, ist in der unfallversicherungsrechtlichen Literatur teilweise umstritten.

Unterschiedlich bewertet wird dabei folgende Fallkonstellation: Ein Versicherter erleidet einen Versicherungsfall, wegen dessen Folgen er überhaupt nicht oder nur in geringem Umfang erwerbstätig sein kann. Daher ist es ihm unmöglich, Unterhalt zu zahlen. Stirbt dieser Versicherte später, hat er zum Zeitpunkt seines versicherungsfallbedingten Todes tatsächlich keinen Unterhalt gezahlt. Allerdings ist festzustellen, dass er bei Fortsetzung seines beruflichen Werdegangs, wenn man den eingetretenen Versicherungsfall wegdenkt, Unterhalt geleistet hätte.

Einige Kommentatoren sehen in dieser Konstellation die Voraussetzungen für den Elternrentenanspruch als erfüllt an¹⁵. Zur Begründung ist anzuführen, dass nach dem Wortlaut dieser Alternative des § 69 Abs. 1 SGB VII die Voraussetzungen für einen Elternrentenanspruch insoweit erfüllt sind. Für diese Auslegung spricht auch der Zweck der Elternrente als Ersatz des durch den Versicherungsfall ausgefallenen Unterhalts.

Gerade aber unter Berufung auf den Normzweck wird dieser Auffassung widersprochen. Maßgeblich sei nach dem Normzweck nämlich nicht der durch den Versicherungsfall bedingte Unterhaltsausfall, sondern der durch den Tod bedingte¹⁶.

14 *Keller*, in: Hauck SGB VII, § 69 SGB VII Rn. 7.

15 *Keller*, in: Hauck/Noftz, Sozialgesetzbuch, § 69 SGB VII Rn. 7 m.w.N.

16 *Ricke*, in: KassKomm, § 69 SGB VII Rn 4.

Soweit ersichtlich ist dieser Problempunkt nicht Gegenstand der Rechtsprechung, was vermuten lässt, dass Fälle ohne tatsächliche Zahlung des verstorbenen Kindes wohl erst gar nicht „entdeckt“ werden.

Einigkeit besteht dagegen hinsichtlich dieses Passus mit der fiktiven Unterhaltsleistung, dass er in die Zukunft weist. Die Zukunftsorientierung korrespondiert auch mit der Beschränkung des Anspruchs auf die Zeit, für die die Eltern ohne den Versicherungsfall einen Unterhaltsanspruch hätten geltend machen können (§ 69 Abs. 1 letzter Halbsatz SGB VII). Hat der Verstorbene zur Zeit seines Todes tatsächlich keinen Unterhalt geleistet (z.B. weil er sich noch im Studium befand, bei dem er tödlich verunglückt) und hätte nach Abschluss des Studiums ohne den tödlichen Versicherungsfall seine Eltern unterhalten, dann sind die Voraussetzungen für einen Elternrentenanspruch erfüllt¹⁷.

Diese Einigkeit, so sachlich gerechtfertigt dieses Ergebnis auch sein mag, erstaunt doch im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut, der ausdrücklich auf die Verhältnisse zum Todeszeitpunkt abstellt. Insbesondere die Befürworter der oben dargestellten engeren Auffassung kommen argumentativ in die Bredouille, wenn einerseits eine wegen den Versicherungsfallfolgen nicht mögliche, aber ohne Versicherungsfall zu erwartende Unterhaltszahlung den Anspruch nicht entstehen lässt, andererseits trotz einer zum Todeszeitpunkt weder tatsächlich geleisteten, noch fiktiv zu leistenden Zahlung allein auf Grund künftiger Entwicklungen, die fiktiven Unterhaltsansprüche begründen, zum Anspruch der Eltern führen sollen.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung rechtfertigt, ja fordert geradezu dazu auf, in beiden Konstellationen jeweils der weiteren Auffassung zu folgen. Der Gesetzgeber könnte dies leicht verdeutlichen, in dem er den Passus, in dem er auf den Todeszeitpunkt abstellt, schlicht streicht. Es würde ausreichen, den Anspruch auf Elternrente daran zu knüpfen, dass die Eltern gegen den Verstorbenen einen Unterhaltsanspruch ohne den Versicherungsfall geltend machen können. Denn es ist nicht ersichtlich, welche Fallgestaltungen der Gesetzgeber zusätzlich durch die Prüfung der Verhältnisse zum Todeszeitpunkt ausschließen wollte.

Bei genauerem Hinsehen ergibt sich lediglich der Fall, dass die Eltern zwar Ansprüche im Todeszeitpunkt hatten, der Verstorbene sich diesen Ansprüchen aber entzogen hat. Denn der Gesetzeswortlaut stellt einerseits auf die tatsächliche Zahlung des wesentlichen Unterhalts, andererseits auf einen wegen des Versicherungsfalles nur fiktiv bestehenden Anspruch ab. Im Gegensatz zu anderen vergleichbaren Regelungen (z.B. Rente an frühere Ehegatten (§ 66 Abs. 1 SGB VII), bei der ausdrücklich sowohl die tatsächliche Zahlung von Unterhalt als auch der zustehende Unterhaltsanspruch als Alternativen im Gesetz genannt sind) reicht damit das Bestehen des Anspruchs nicht aus. Ob es aus Sicht des Gesetzgebers gerechtfertigt sein soll, dieses Verhalten des Versicherten im Falle seines Todes durch Folgen des Versicherungsfalles der gesetzlichen Unfallversicherung zu Gute kommen zu lassen, darf bezweifelt werden.

17 Stellvertretend *Keller*, in: Hauck/Noftz, Sozialgesetzbuch, § 69 SGB VII Rn. 7.

Kapitel 5 Fiktive Entwicklung der Unterhaltsfähigkeit des Verstorbenen

Während die Unterhaltsbedürftigkeit der Eltern zu jedem Zeitpunkt real geprüft werden kann, ist das beim notwendigen Gegenstück, der Unterhaltsfähigkeit des Kindes, auf Grund seines Todes nicht möglich. Im Rahmen des § 69 SGB VII müssen daher fiktive Entwicklungen berücksichtigt werden. Bevor diese fiktiven Änderungen als solche einer näheren Betrachtung unterzogen werden, muss ein kurzes Streiflicht auf das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren geworfen werden.

Das Verwaltungsverfahren im Sozialrecht ist sehr stark vom Gedanken des Vertrauensschutzes geprägt. Die Bürger sollen sich auf die Entscheidungen der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Träger verlassen können. In die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes, mit dem eine (Eltern-)Rente (Verwaltungsakt mit Dauerwirkung) zugbilligt worden ist, kann (von rechtswidrigen Entscheidungen abgesehen) nur im Rahmen des § 48 SGB X eingegriffen werden. Dort wird u.a. gefordert, dass für solch einen Eingriff in die bestehenden Ansprüche eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen vorliegen muss. Auf die Elternrente bezogen führt dies zu dem scheinbaren Widerspruch, dass bei fiktiven (= ohne den tödlichen Versicherungsfall vorliegenden) Gegebenheiten eine Änderung tatsächlicher Verhältnisse nachzuweisen sein muss. Das BSG hat diesen scheinbaren Widerspruch kurz und prägnant aufgelöst: „Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, dass auch die mutmaßliche Änderung eines nur gedachten Geschehensablaufs eine wesentliche Änderung ... sein kann. ... Die mutmaßliche Änderung eines nicht Wirklichkeit gewordenen Geschehensablaufs rechtfertigt eine Neufeststellung, wenn der hypothetische Geschehensablauf für die Feststellung der Leistung maßgebend war.“¹⁸

Dabei kann es sogar erforderlich sein, mehrfach auf solche hypothetischen Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen zu reagieren. So hat das Sozialgericht Hamburg festgestellt: „Auch eine auf Grund einer hypothetischen Entwicklung entzogene Rente kann wegen einer (erneuten) hypothetischen Unterhaltspflicht erneut zu zahlen sein“¹⁹

Dass an den Beweis einer solchen hypothetischen Änderung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen, erscheint selbstverständlich. Dennoch musste höchstrichterlich festgestellt werden: „An die Erbringung des Beweises (für den hypothetischen Verlauf) dürfen unter Verweis auf § 287 ZPO keine hohen Anforderungen gestellt werden.“²⁰

Gegenstand der fiktiven Betrachtung ist die Unterhaltsfähigkeit der Verstorbenen. Diese wird insbesondere beeinflusst durch deren zu erwartende Einkommenssituati-

18 BSG, 27.7.1978, Az 2 RU 17/78.

19 SG Hamburg, 19.12.2008, Az S 40 U 293/07.

20 BSG, 27.7.1978, Az 2 RU 17/78.

on, aber auch durch die Frage vorrangiger Unterhaltspflichten, z.B. gegenüber Ehefrau und den Kindern.

Ausgangspunkt jeder fiktiven Betrachtung muss die konkrete Situation zum Zeitpunkt des Versicherungsfalls und/oder des Todes sein. Je weiter die persönliche Lebenssituation entwickelt war und damit auch der weitere Lebensweg relativ deutlich absehbar ist, desto zielgenauer kann eine fiktive Betrachtung vorgenommen werden, von den völlig unwägbaren Wechselfällen des Lebens einmal abgesehen. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass die tatsächliche, die konkrete Situation zu Lebzeiten der verstorbenen Versicherten einen relativ großen Einfluss auf die Einschätzung der Entwicklung ihrer Unterhaltsfähigkeit hat.

Da die gesetzliche Unfallversicherung aber auch Kinder und Jugendliche als versicherte Personen kennt, bei denen naturgemäß die weitere Entwicklung, der von ihnen einzuschlagende Lebensweg noch sehr unbestimmt ist, liefert die tatsächliche Lebenssituation des Versicherten für die erforderliche fiktive Betrachtung allenfalls geringe Hinweise.

Doch woran kann man diese fiktiven Betrachtungen dann anlehnen? Hier helfen Vergleichspersonen (insbesondere was Verdienstverhältnisse angeht) oder Statistiken (z.B. hinsichtlich Berufswahl nach einem Studium oder bezüglich der Frage der Gründung einer Familie). Gerade beim Heranziehen von Statistiken, die ja nur aus einem mehr oder weniger großen Spektrum heraus einen Durchschnittswert darstellen, wird deutlich, was das BSG meint, wenn es keine hohen Anforderungen an den Beweis hypothetischer Verläufe stellt.

Grundsätzlich ist das Abstellen auf Statistiken zulässig. Dabei können die Statistiken des Statistischen Bundesamtes auch für in Deutschland lebende Ausländer herangezogen werden²¹. Allerdings ist nochmals darauf zu verweisen, dass an erster Stelle immer die tatsächlichen Gegebenheiten und die daraus abzuleitenden Schlüsse stehen müssen. Z.B. stellte das BSG fest, dass ein Abweichen von der Heiratsstatistik geboten ist bei hinreichenden Anhaltspunkten, dass Verstorbene(r) nicht oder später geheiratet hätte²².

21 LSG Bremen, 12.12.1996, Az L 2 U 24/96.

22 BSG, 27.6.1974, Az 8 RU 292/73.

Kapitel 6 Höhe der Elternrente

Die Höhe der Elternrente bestimmt § 69 Abs. 4 SGB VII. Ausgangspunkt ist der Bruttoverdienst des Verstorbenen in den 12 Monaten vor dem Versicherungsfall (sog. Jahresarbeitsverdienst). Für Versicherte ohne oder mit nur geringem Einkommen sind feste (Mindest-)Beträge für den Jahresarbeitsverdienst (JAV) bestimmt, damit die soziale Schutzfunktion der Renten gewahrt werden kann; umgekehrt existiert auch ein Höchstbetrag für diesen JAV. Der JAV wird (meist) jährlich angepasst, um entsprechend den Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung eine Steigerung der Renten aus der gesetzlichen Unfallversicherung zu gewährleisten. Von diesem Brutto-Jahresverdienst erhält ein Elternteil 20 Prozent, ein Elternpaar 30 Prozent. Dabei ist zu beachten, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für Verwandte der aufsteigenden Linie unterschiedlicher Grade die näheren den entfernteren vorgehen (§ 69 Abs. 2 SGB VII).

Ähnlich wie schon bei der Beurteilung der Unterhaltsfähigkeit des Verstorbenen auf vorrangige Unterhaltspflichten abzustellen ist, spiegelt sich dies bei der Höchstbetragsprüfung für alle Hinterbliebenenrenten eines Versicherungsfalles ebenfalls wieder. Der Höchstbetrag für alle Hinterbliebenenrenten zusammen beträgt nach § 70 Abs. 1 SGB VII 80 Prozent des JAV des Verstorbenen. Konkret bedeutet dies, dass z.B. eine Witwe und zwei Waisen (Anspruch der Witwe 40% des JAV, je Waise 20% des JAV) die Eltern des Verstorbenen selbst dann vom Bezug einer Elternrente ausschließen, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, das heißt, der Verstorbene sie trotz der eigenen Familie wesentlich unterhalten hat und dies auch weiterhin getan hätte. In solch einem Fall kämen die Eltern frühestens dann zum Zuge, wenn eine der Waisen z.B. wegen Beendigung der Ausbildung oder Erreichen des Höchstalters aus dem Waisenrentenbezug ausscheidet, vorausgesetzt die Anspruchsvoraussetzungen für die Elternrente sind nach wie vor erfüllt.